

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre el Laudo Arbitral emitido en el marco
del Caso Arbitral No. 0072-2016-CCL entre Metro de Lima
Línea 2 S.A. y el Ministerio de Transportes y
Comunicaciones

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Maricruz Pasache Sosa

ASESOR:
Lenin William Mayorga Elías


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, LENIN WILLIAM MAYORGA ELIAS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre el Laudo Arbitral emitido en el marco del Caso Arbitral No. 0072-2016-CCL entre Metro de Lima Línea 2 S.A. y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones", del autor(a) MARICRUZ PASACHE SOSA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 15/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 15 de julio del 2024

<u>LENIN WILLIAM MAYORGA ELIAS</u>	
DNI: 44109914	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1637-8318	

RESUMEN

En el presente informe se desarrollará el análisis de la naturaleza del procedimiento de aplicación de penalidades en los Contratos de Concesión suscritos en el Perú, centrándose en el caso concreto del laudo emitido en el caso Arbitral No. 0072-2016-CCL en el marco del Contrato de Concesión suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Metro de Lima Línea 2 S.A. En ese sentido, se repasará la naturaleza de las penalidades en los Contratos de Concesión, el rol de OSITRAN, entre otros, para finalmente llegar a una conclusión que determine los criterios que deben considerarse para la imposición de penalidades derivadas de incumplimientos o cumplimientos parciales, tardíos o defectuosos de obligaciones del Concesionario.

De este modo, se concluirá que el procedimiento de imposición de penalidades en los acuerdos de concesión responde a una naturaleza contractual, motivo por el cual la impugnación de la aplicación de penalidades responde también a una vía contractual, de modo que, ante el surgimiento de disputas, puede ser controvertido a través de la activación de la cláusula de resolución de disputas del contrato.

Finalmente, a la luz de lo previamente expuesto, se analizará la decisión emitida por el Tribunal Arbitral en el Caso Arbitral No. 0072-2016-CCL, a través del cual se redujo las penalidades impuestas por OSITRAN a un 25% de su valor. De esta manera, el informe culminará con la verificación del cumplimiento del principio de motivación en la decisión del Tribunal Arbitral, respecto a la reducción de las penalidades solicitada por el Concesionario.

PALABRAS CLAVE

Penalidades – Contrato de Concesión – OSITRAN – Tribunal Arbitral –
Mantenimiento del Tránsito y Desvíos de Tráfico

ABSTRACT

This report will develop the analysis of the nature of the procedure for the application of penalties in the Concession Contracts signed in Peru, focusing on the specific case of the award issued in Arbitration Case No. 0072-2016-CCL in the framework of the Concession Contract signed between the Ministry of Transport and Communications and Metro de Lima Linea 2 S. A. In this regard, the nature of the penalties in the Concession Contracts, the role of OSITRAN, among others, will be reviewed to finally reach a conclusion that determines the criteria to be considered for the imposition of penalties derived from non-compliance or partial, late or defective compliance with the obligations of the Concessionaire.

In this way, it will be concluded that the procedure for the imposition of penalties in the concession agreements responds to a contractual nature, which is why the challenge to the application of penalties also responds to a contractual route, so that, in the event of disputes arising, it can be controverted through the activation of the dispute resolution clause of the Main contract.

Finally, in light of the above, the decision issued by the Arbitral Tribunal in Arbitration Case No. 0072-2016-CCL will be analyzed, through which the penalties imposed by OSITRAN were reduced to 25% of their value. In this way, the report will culminate with the verification of compliance with the principle of motivation in the decision of the Arbitral Tribunal, regarding the reduction of the penalties requested by the Concessionaire.

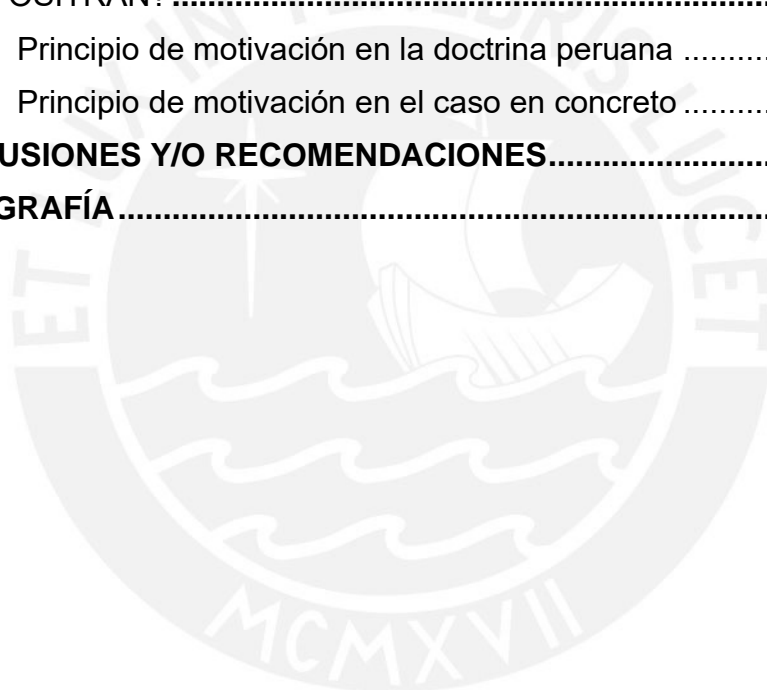
KEY WORDS

Penalties – Concession Contract – OSITRAN – Arbitration Court – Maintenance of Traffic and Detour Plan

ÍNDICE DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	6
1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	6
1.2. Presentación del caso.....	8
II. IDENTIFICACIÓN PRELIMINAR DE HECHOS RELEVANTES	11
2.1. Antecedentes.....	11
2.2. Hechos relevantes del caso.....	14
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS ..	19
3.1. Problema principal.....	19
3.2. Problemas secundarios.....	19
3.2.1. Problemas secundarios materiales.....	19
3.2.2. Problemas secundarios procesales.....	20
3.3. Problemas complementarios.....	20
IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA	20
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	21
4.1.1. Problema principal.....	21
4.1.2. Problemas secundarios.....	22
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	23
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	23
5.1. Problema secundario 1. ¿Cuál es la naturaleza de las penalidades aplicadas por OSITRAN, en el marco del Contrato de Concesión por la Línea 2 del Metro?.....	23
5.1.1. Naturaleza jurídica y definición de las penalidades en el marco del Derecho Civil peruano.....	24
5.1.2. Aplicación de las penalidades en el Contrato de Concesión.....	27
5.1.3. Distinción entre las penalidades y las infracciones / sanciones administrativas.....	29
5.2. Problema secundario 2. ¿Cuál es el rol de OSITRAN en los Contratos de Concesión de Infraestructura suscritos en el Perú?.....	34
5.2.1. Definición de los Contratos de Concesión en el Perú.....	34
5.2.2. Rol de OSITRAN en los Contratos de Concesión.....	37
5.3. Problema secundario 3. ¿Qué vía deben seguir las empresas concesionarias en caso su objetivo fuese cuestionar la aplicación de penalidades impuesta por OSITRAN? ¿Se puede aplicar los recursos	

administrativos previstos por la Ley del Procedimiento Administrativo General?	41
5.3.1. Procedimiento de aplicación de penalidades previsto por el Contrato de Concesión	41
5.3.2. Respecto a los recursos administrativos previstos por la Ley del Procedimiento Administrativo General.....	43
5.4. ¿Cuáles fueron las razones que sustentaron la reducción de penalidades en el marco del Laudo Arbitral derivado del Caso Arbitral N° 0072-2016-CCL?.....	45
5.4.1. Pronunciamiento del Tribunal Arbitral	45
5.5. ¿En base al principio de motivación, el Tribunal Arbitral cumplió con sustentar las razones por las cuales disminuyó el porcentaje de penalidades aplicado por OSITRAN?	50
5.5.1. Principio de motivación en la doctrina peruana	50
5.5.2. Principio de motivación en el caso en concreto	51
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....	54
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	56



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Expediente	-
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	<ul style="list-style-type: none">• Derecho administrativo• Derecho procesal / Arbitraje
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	<ul style="list-style-type: none">• Laudo – Caso Arbitral No. 0072-2016-CCL
Demandante / Denunciante	Metro de Lima Línea 2 S.A. –
Demandado / Denunciado	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Instancia administrativa o jurisdiccional	Tribunal Arbitral – Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
Terceros	-
Otros	-



I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La elección del laudo emitido en el marco del Caso Arbitral No. 0072-2016-CCL se justifica en las siguientes razones: **(i)** la relevancia jurídica del régimen legal de aplicación de penalidades en contratos de concesión en Perú; **(ii)** la participación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, “el Regulador” u “OSITRAN”, indistintamente) como organismo regulador encargado de la aplicación de penalidades en el marco de los contratos de concesión; y, **(iii)** el rol del análisis de la decisión del Tribunal Arbitral respecto a la determinación del porcentaje de penalidades aplicado por el supuesto incumplimiento del Metro de Lima Línea 2 (en adelante, “el Concesionario” o “el Metro”)¹, a partir de la evaluación de la razonabilidad de la decisión y la debida motivación..

En primer lugar, el presente laudo es relevante jurídicamente, debido a que aborda el régimen de aplicación de penalidades en los contratos de concesión en el Perú, el cual -en materia de infraestructura vial- es determinado por OSITRAN. Al respecto, la aplicación de penalidades en los contratos de concesión no es un hecho aislado de la práctica contractual y constructiva; por el contrario, se trata de una práctica común ante los incumplimientos de las obligaciones contractuales a cargo de las concesionarias.

De esta manera, el presente informe se centrará en analizar el régimen y/o la naturaleza jurídica del procedimiento de aplicación de penalidades impuestas en el marco del Contrato de Concesión, así como también evaluar cómo se lleva a cabo la aplicación de penalidades en los contratos de concesión; todo ello a fin de determinar los criterios a tomar en consideración en el marco del

¹ Metro de Lima Línea 2 conformado por las empresas Iridium, Dragados, FCC, Webuild, Cosapi, Hitachi Rail STS y Hitachi Rail

procedimiento de aplicación de penalidades en el marco de la ejecución de concesiones de infraestructura en el Perú.

En segundo lugar, resulta importante también evaluar cómo OSITRAN desempeña un papel importante en la determinación de penalidades que derivan de la inejecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de obligaciones en los contratos de concesión; así como identificar y analizar la base normativa que reconoce a OSITRAN la facultad de aplicar penalidades en los contratos de concesión.

Finalmente, en el marco de la decisión emitida en el Caso Arbitral No. 0072-2016-CCL, resulta relevante evaluar cuál es la competencia de los Tribunales Arbitrales en el Perú, y cómo su accionar se encuentra orientado también a determinar los porcentajes de aplicación de penalidades en los Contratos de Concesión, más allá de lo señalado por el ente regulador, debido a la controversia surgida entre las partes.

En virtud de lo expuesto, la elección del presente expediente, enfocado en el análisis del Laudo Arbitral del 15 de julio de 2019, se ha sustentado en el interés por analizar los conceptos anteriormente expuestos, con el objetivo de evaluar el proceso de determinación e imposición de penalidades en los contratos de concesión, así como también la participación de actores tales como el Tribunal Arbitral y el Regulador. De esta manera, la complejidad del presente expediente se centra tanto en analizar la naturaleza jurídica de las penas resarcitorias aplicadas en el contrato de concesión, y evaluar qué funciones despliega OSITRAN, como parte de la aplicación de penalidades derivadas del contrato.

De esta manera, ante el impulso de la inversión pública y privada en el país, y las Asociaciones Público-Privadas (APPs) en el Perú, el presente caso cobra especial relevancia al poder ser utilizado como un estándar de evaluación, con el objetivo de alertar respecto a posibles contingencias derivadas de la determinación de penalidades en otros contratos de concesiones, así como

también proponer alternativas de mejora para la suscripción, gestión e implementación de contratos, bajo el régimen legal de APPs anteriormente mencionado.

En virtud de lo explicado, se concluye que la elección del caso se centró en la diversidad de temas formulados por las partes, así como también la relevancia e impacto que el análisis podría causar en la implementación de los contratos de concesión actuales y futuros dentro del Perú.

1.2. Presentación del caso

El presente caso versa sobre el proceso arbitral iniciado por el Metro, en el marco del Contrato de Concesión para la implementación de la Línea 2 de la Red Básica del Metro de Lima (en adelante, “el Contrato” o “el Contrato de Concesión”, indistintamente), suscrito con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, “el MTC”). Sobre el particular, la controversia entre el Concesionario y el MTC (en adelante, “las Partes”) fue originada por la aplicación de penas resarcitorias al Concesionario, por parte de OSITRAN, por el supuesto incumplimiento del Concesionario en sus obligaciones relacionadas con el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico (en adelante “el MTDT”)

Al respecto, las actividades de MTDT son aquellas actividades previstas para gestionar el tránsito vehicular de manera adecuada durante la ejecución de trabajos, y así mitigar los impactos que puedan ocasionarse en virtud de la interrupción -parcial o total- del tránsito vehicular durante la construcción de los trabajos. Cabe señalar que, conforme al Estudio de Desvíos de Tráfico de la Propuesta Técnica del Proyecto, se contaban con cuatro (04) campos de acción para mitigar los impactos referidos a los siguientes: **(i)** mantenimiento del tránsito, **(ii)** implementación de desvíos, **(iii)** señalización; y, **(iv)** seguridad vial.

Ahora bien, según lo establecido en el Contrato de Concesión, las actividades comprendidas en el MTDT no se encuentran estrictamente delimitadas en el

Contrato; no obstante, entre las principales acciones adoptadas para el MTDT resaltaron las siguientes: implementación de desvíos provisionales, localización de señalizaciones, instalación de señalización informativa, habilitación de pistas, entre otros.

Acorde a lo señalado por la Cláusula 6.74 del Contrato de Concesión, el Concesionario es el responsable de las siguientes actividades referidas al plan de desvíos, junto a los costos relacionados para su realización.



[Elaboración propia]

En adición a ello, acorde con el Anexo 10 del Contrato, el cual establece la tabla de penalidades, dispone que ante el incumplimiento en el MTDT corresponde la aplicación de dos (2) UIT por cada día de incumplimiento de la obligación. De esta manera, el Contrato de Concesión prevé como un incumplimiento plausible de la aplicación de penalidades a aquel supuesto en que el Concesionario no cumpla con el esquema de desvíos previsto por la Cláusula 6.74 del Contrato.

En virtud de ello, tras el supuesto desacato de la obligación de dicha actividad, el Regulador determinó la aplicación de penalidades en perjuicio del Concesionario. Sobre el particular, el enfoque del problema principal se centra en determinar la naturaleza jurídica del procedimiento de aplicación y cobro de penalidades derivados de los Contratos de Concesión. Al respecto, para efectos del presente informe, se considera que, si bien las facultades de OSITRAN son inherentes a las funciones de supervisión y/o fiscalización, en el marco de los Contratos de Concesión, el Regulador podrá también desplegar actividades previstas por el contenido del Contrato de Concesión, el cual no necesariamente será ajeno a lo dispuesto por la normativa de funciones inherentes a OSITRAN.

Ahora bien, por otro lado, respecto a los problemas secundarios, los mismos se orientarán a determinar, en primer lugar, la naturaleza de la imposición de penalidades en el marco de los contratos de concesión, postulando que la determinación de aplicación de penalidades no se condice con un acto administrativo, bajo el entendimiento de la figura jurídica prevista por la normativa administrativa², en virtud de lo cual las concesionarias pueden cuestionar la implementación de penalidades a través de la vía arbitral prevista en los contratos de concesión suscritos con las entidades.

Finalmente, como parte del proceso arbitral, cabe señalar que el Concesionario sometió el cuestionamiento de las penalidades a un proceso arbitral contra el Concedente, en atención a lo dispuesto por la cláusula de resolución de disputas de los contratos de concesión. Luego de que las partes expusieran lo concerniente a su derecho, el Tribunal Arbitral, conformado por Fernando Cantuarias, Sergio Tafur y Lourdes Flores, emitió la primera decisión arbitral el 03 de enero de 2018.

No obstante, el MTC demandó la anulación de la decisión emitida por el colegiado arbitral, por lo que el 09 de marzo de 2019, la Primera Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió la sentencia a través de la cual declaró fundado el recurso de anulación presentado por el Concedente. Ante ello, luego de que el Tribunal Arbitral retomara sus funciones, el 15 de julio de 2019, se emitió el dictamen arbitral que será materia de análisis del presente informe.

Al respecto, el Tribunal Arbitral resolvió declarar infundadas las pretensiones principales planteadas por el Concesionario -a través de las cuales se solicitó dejar sin efecto las penalidades-, en tanto las penalidades aplicadas por OSITRAN corresponden a una obligación cuya responsabilidad no puede ser

² Entiéndase, el Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado a través del Decreto Supremo No. 004-2019-JUS (en adelante, "el **TUO de la LPAG**").

exonerada solo por el hurto de señalizaciones verticales y falta de control policial. Por otro lado, respecto a las pretensiones subordinadas -mediante las cuales el Concesionario solicitó la reducción de las penalidades-, el Tribunal decidió reducir las penalidades en un quantum ascendente a 75%.

II. IDENTIFICACIÓN PRELIMINAR DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

El crecimiento de las urbes en Lima y Callao ha originado un problema urbanístico relacionado con la gestión del tránsito en Lima y Callao. Debido a ello, la Administración Pública ha propuesto diversas soluciones al problema de la movilidad urbana; los cuales no necesariamente tuvieron éxito luego de su implementación.

De esta manera, con el objetivo de encontrar una solución al problema de transporte, se propuso implementar una red de trenes eléctricos, cuya finalidad sea lograr interconectar diversas áreas de Lima y Callao, a efectos de proveer un servicio de transporte público acorde a las necesidades de la población.

El 23 de diciembre de 2010, mediante D.S. No. 059-2010-MTC³, se aprobó la Red Básica del Metro de Lima – Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao (en adelante, “la Red del Metro”), la cual estaría conformada sobre la base de seis (06) líneas de transporte, de las cuales, actualmente, se encuentra culminada la ejecución de la infraestructura de la Línea 1.

Así, continuando con la implementación de la Red del Metro, el 28 de abril de 2014, el Metro y el MTC suscribieron el Contrato de Concesión por el Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Proyecto “Línea 2 y

³ Si bien en un inicio la Red del Metro se conformaba por cinco (05) líneas de transporte, el 09 de agosto de 2013 se incorporó la Línea 06 del Metro, a través del Decreto Supremo N° 009-2013-MTC.

Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao” (en adelante, “el Proyecto”).

Al respecto, resulta importante señalar que el objeto del Contrato es el siguiente:

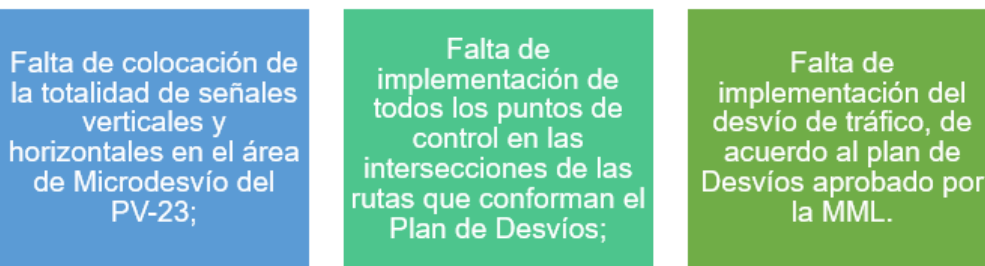


[Elaboración propia]

Además, cabe mencionar que el presente Contrato de Concesión fue suscrito bajo un esquema DFBOT (*design, finance, build, operate and transfer*), por lo que comprende el diseño, financiamiento, construcción, operación y transferencia del Proyecto.

Como parte de la ejecución del Contrato, el Concesionario inició el procedimiento de obtención de las autorizaciones requeridas para los trabajos correspondientes a la planificación de desvíos, los cuales fueron solicitados a la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, “la MML”). No obstante, durante la ejecución de las actividades pertenecientes al MTDT, el Regulador comunicó la aplicación de una penalidad prevista en el contrato por el supuesto incumplimiento de las actividades de MTDT en el Área de la Concesión.

La referida penalidad se encontraba circunscrita al incumplimiento del MTDT en el Área de Concesión relativa al PV-23 (Pozo de Ventilación No. 23) de la etapa 1A del Proyecto. Los incumplimientos imputados se encontraban referidos a los siguientes:



[Elaboración propia]

Ante la aplicación de la referida penalidad, el Metro manifestó su rechazo con la penalidad aplicada y requirió la revisión de la misma a OSITRAN, para lo cual presentó, conforme a la denominación utilizada por el Concesionario, una “impugnación de naturaleza contractual”. Sin embargo, el Regulador declaró infundado el cuestionamiento del Concesionario, y se reafirmó en la validez de las penalidades impuestas.

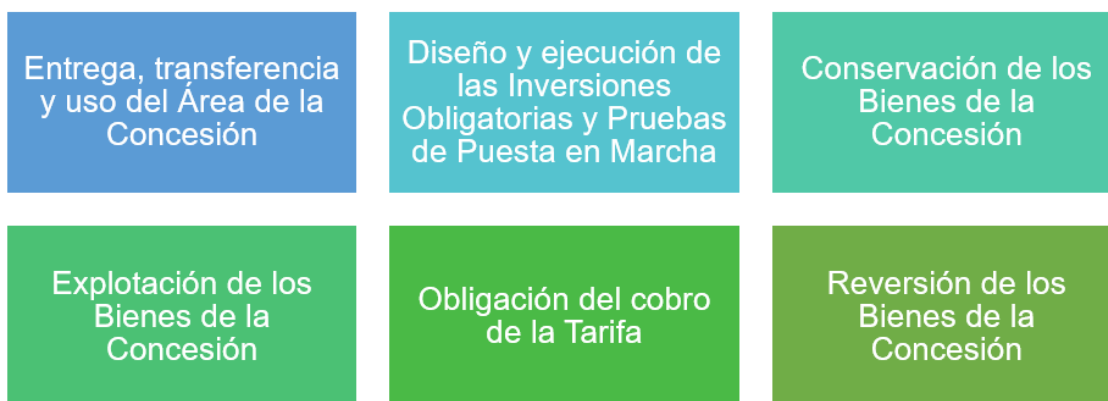
En virtud de ello, el Concesionario activó los mecanismos de la cláusula de resolución de controversias prevista en el Contrato de Concesión, y notificó al MTC el inicio de la etapa de Trato Directo, respecto a la no validez de la aplicación de penalidades del contrato, en relación con el cumplimiento de las actividades de MTDT.

No obstante, el Concesionario obtuvo una respuesta negativa por parte del Concedente, quien se negó definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo. Ante ello, el Concesionario dio inicio al proceso arbitral en el año 2016, con el objetivo de cuestionar la aplicación de penalidades por el supuesto incumplimiento de obligaciones del Concesionario, en cuanto a las actividades de MTDT en el Área de la Concesión.

Ahora bien, habiendo expuesto el contexto en el cual se dispuso la aplicación de penalidades al Concesionario y se dio inicio al proceso arbitral materia de análisis del presente Informe Jurídico, se expondrán los hechos jurídicamente relevantes del referido arbitraje.

2.2. Hechos relevantes del caso

El 28 de abril de 2014, el Concesionario y el Concedente suscribieron el Contrato de Concesión por la ejecución del Proyecto. Como parte del contenido del Contrato, las principales actividades que forman parte de la Concesión, conforme a la *Cláusula 2.4* del Contrato de Concesión, son las siguientes:



[Elaboración propia]

El 24 de febrero de 2015, la MML autorizó al Concesionario que intervenga las vías requeridas para la ejecución de obras del Proyecto, como parte de la ejecución de actividades referidas a los trabajos de Mantenimiento de Tránsito y Planes de Desvío.

Posteriormente, el 20 de abril de 2015, el Concesionario presentó a la MML los Planes de Desvío y Planos de Señalización referidos a la ejecución de los trabajos de Mantenimiento de Tránsito y Planes de Desvío. No obstante, a criterio del Regulador, correspondía aplicar penalidades contractuales por el supuesto incumplimiento en el MTDT.

A continuación, presentaremos los períodos de aplicación de penalidades por parte de OSITRAN, los cuales consistieron en seis períodos enlistados, conforme al detalle de líneas posteriores.

En primer lugar, el **12 de enero de 2016**, OSITRAN notificó al Concesionario la aplicación de penalidades contractuales de 116 UIT, por el supuesto incumplimiento en actividades de MTDT en el Área PV-23 de Concesión la Etapa 1A del Proyecto, correspondientes a la etapa incluida **desde el 04 hasta el 31 de agosto de 2015, y desde el 01 hasta el 30 de septiembre del 2015**.

Al respecto, el **22 de enero de 2016**, el Concesionario impugnó las penalidades impuestas por OSITRAN; y, finalmente, el **18 de febrero de 2016**, OSITRAN declaró infundada la impugnación de las penalidades iniciada por el Metro.

En segundo lugar, el 18 de enero de 2016, OSITRAN notificó al Concesionario la aplicación de penalidades, **correspondientes al mes de noviembre de 2015**.

Al respecto, el **29 de enero de 2016**, el Concesionario impugnó las penalidades impuestas por OSITRAN; y, finalmente, el **26 de febrero de 2016**, OSITRAN declaró infundada la impugnación de las penalidades.

En tercer lugar, el **21 de enero de 2016**, OSITRAN notificó al Concesionario la aplicación de penalidades, **correspondientes al mes de octubre de 2015**.

Al respecto, el **2 de febrero de 2016**, el Concesionario impugnó las penalidades impuestas por OSITRAN; y, finalmente, el **2 de marzo de 2016**, OSITRAN declaró infundada la impugnación de las penalidades.

En cuarto lugar, el **14 de marzo de 2016**, OSITRAN notificó al Concesionario la aplicación de penalidades, **correspondientes al mes de diciembre de 2015**.

Al respecto, **el 01 de abril de 2016**, el Concesionario impugnó las penalidades impuestas por OSITRAN; y, finalmente, **el 27 de abril de 2016**, OSITRAN declaró infundada la impugnación de las penalidades.

En quinto lugar, el 24 de junio de 2016, OSITRAN notificó al Concesionario la aplicación de penalidades, **correspondientes al período desde el 27 al 31 de diciembre de 2015, del 01 al 31 de enero de 2016, y del 01 al 29 de febrero de 2016.**

Días después, **el 27 de junio de 2016**, OSITRAN notificó también la aplicación de penalidades por el período **correspondiente desde el 01 hasta el 31 de abril de 2016**. Finalmente, **el 05 de julio de 2016**, OSITRAN notificó también la aplicación de penalidades por el período **comprendido desde el 01 hasta el 31 de mayo de 2016.**

Como respuesta a la aplicación de dichas penalidades, **el 11 de julio de 2016**, el Concesionario impugnó las penalidades impuestas por OSITRAN; y, finalmente, **el 03 de agosto de 2016**, OSITRAN declaró infundada la impugnación de las penalidades.

Al respecto, tras la aplicación de las penalidades anteriormente descritas, el Concesionario comunicó el inicio del procedimiento de Trato Directo, conforme a lo previsto por el Contrato, en las fechas enlistadas a continuación: 26 de febrero de 2016, 15 de marzo de 2016 y 04 de mayo de 2016. No obstante, como resultado de dicho procedimiento de negociación, las partes no arribaron a un acuerdo respecto a la controversia suscitada.

Habiendo relatado los hechos que componen la controversia formulada por las Partes, a continuación, enlistaremos los principales hechos que detallan la actuación de las Partes, tras el inicio del presente proceso arbitral. Así, el 13 de diciembre de 2016, el Concesionario interpuso su memorial de demanda contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través del cual solicitó -entre

otros- que el Tribunal Arbitral deje sin efecto las penalidades impuestas por OSITRAN, o determine la reducción de las penalidades, al ser consideradas excesivas, y tras haberse cumplido con la obligación principal comprometida.

El 02 de febrero de 2017, OSITRAN solicitó al Tribunal Arbitral que sea incorporado como tercero coadyuvante del MTC; posteriormente, el 20 de febrero de 2017, el Concedente presentó su contestación de demanda y planteó una excepción de incompetencia.

Seguidamente, el 16 de febrero de 2017, el Metro se opuso a la solicitud de OSITRAN, dado que su participación en el arbitraje era contraria a la misión de la Entidad, así también se precisó que OSITRAN no se encontraba afectado funcional ni económicamente por el laudo próximo a emitirse por el Tribunal Arbitral.

El 03 de marzo de 2017, el Concesionario contestó la excepción de incompetencia propuesta por el MTC. Días después, el 05 de marzo de 2017, luego de que el Tribunal Arbitral admitió a OSITRAN como tercero coadyuvante del MTC, OSITRAN presentó un escrito con sus argumentos en calidad de tercero coadyuvante.

El 20 de abril de 2017, el Tribunal Arbitral fijó los puntos controvertidos materia del proceso arbitral, los cuales versaron en relación con lo siguiente:

PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL	
(i)	Determinar si corresponde dejar sin efecto las penalidades interpuestas por OSITRAN, por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión, perteneciente a las etapas desde el 04 hasta el 31 de agosto de 2015, y desde el 01 hasta el 30 de septiembre del 2015
(ii)	Determinar si corresponde la reducción de penalidades interpuestas por OSITRAN, perteneciente a las etapas desde el 04 hasta el 31 de agosto de 2015, y desde el 01 hasta el 30 de septiembre del 2015, por ser excesivas y/o porque la obligación principal sí fue cumplida en su totalidad
(iii)	Determinar si corresponde dejar sin efecto las penalidades interpuestas por OSITRAN, por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión, perteneciente a la etapa del mes de noviembre de 2015
(iv)	Determinar si corresponde la reducción de penalidades interpuestas por OSITRAN, perteneciente a las etapas del mes de noviembre del 2015, por ser excesivas y/o porque la obligación principal sí fue cumplida en su totalidad
(v)	Determinar si corresponde dejar sin efecto las penalidades interpuestas por OSITRAN, por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión, perteneciente a la etapa del mes de octubre de 2015
(vi)	Determinar si corresponde la reducción de penalidades interpuestas por OSITRAN, perteneciente a las etapas del mes de octubre del 2015, por ser excesivas y/o porque la obligación principal sí fue cumplida en su totalidad
(vii)	Determinar si corresponde dejar sin efecto las penalidades interpuestas por OSITRAN, por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión, perteneciente a la etapa desde el 01 hasta el 26 de diciembre de 2015
(viii)	Determinar si corresponde la reducción de penalidades interpuestas por OSITRAN, perteneciente a las etapas desde el 01 hasta el 26 de diciembre de 2015, por ser excesivas y/o porque la obligación principal sí fue cumplida en su totalidad
(ix)	Determinar si corresponde dejar sin efecto las penalidades interpuestas por OSITRAN, por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión, perteneciente a la etapa desde el 27 hasta el 31 de diciembre de 2015, y los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2016
(x)	Determinar si corresponde la reducción de penalidades interpuestas por OSITRAN, perteneciente a la etapa desde el 27 hasta el 31 de diciembre de 2015, y los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2016, por ser excesivas y/o porque la obligación principal sí fue cumplida en su totalidad

[Elaboración propia]

Tras la fijación de los puntos controvertidos, el 20 de diciembre de 2017, se cumplió con la realización de las audiencias y actuaciones correspondientes, por lo que el Tribunal Arbitral dispuso el plazo de treinta (30) días para la emisión de la decisión arbitral.

El 03 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral emitió el fallo por el Caso Arbitral No. 0072-2016-CCL. No obstante, el 07 de marzo de 2019, la Primera Sala Civil Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió declarar fundado el recurso de anulación de laudo, y ordenó al Tribunal Arbitral a reiniciar las actuaciones arbitrales desde la etapa correspondiente.

Finalmente, el 16 de mayo de 2019, el Tribunal Arbitral reasumió funciones y convocó a ambas partes a una Audiencia Especial, con el objetivo de acordar la etapa de reinicio de las actuaciones arbitrales. Siendo así, el 21 de junio de 2019, el Tribunal Arbitral emitió un nuevo laudo, a través del cual se declararon fundadas las reducciones de penalidades impuestas por OSITRAN, siendo todas reducidas al 25% de su valor.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

¿Cuáles son los criterios que deben considerarse para la aplicación de penalidades derivadas de incumplimientos o cumplimientos parciales, tardíos o defectuosos de obligaciones, en el marco de los Contratos de Concesión de Infraestructura suscritos en el Perú?

3.2. Problemas secundarios

3.2.1. Problemas secundarios materiales

- i. ¿Cuál es la naturaleza de las penalidades aplicadas por OSITRAN, en el marco del Contrato de Concesión por la Línea 2 del Metro?
- ii. ¿Cuál es el rol de OSITRAN en el marco de los Contratos de Concesión de Infraestructura suscritos en el Perú?
- iii. ¿Qué vía deben seguir las empresas concesionarias en caso su objetivo fuese cuestionar la aplicación de penalidades impuesta por OSITRAN? ¿Se puede aplicar los recursos administrativos previstos por la Ley del Procedimiento Administrativo General?

3.2.2. Problemas secundarios procesales

- i. ¿Cuáles fueron las razones que sustentaron la reducción de penalidades en el marco del Laudo Arbitral derivado del Caso Arbitral N° 0072-2016-CCL?
- ii. ¿En base al principio de motivación, el Tribunal Arbitral cumplió con sustentar las razones por las cuales disminuyó el porcentaje de penalidades aplicado por OSITRAN?

3.3. Problemas complementarios

¿Cómo se encuentra estipulado el riesgo del diseño y la implementación de los Planes de Desvío, conforme a lo previsto por el Contrato de Concesión?

¿Por qué OSITRAN es incorporado en el proceso arbitral como tercero coadyuvante, y cuáles fueron las consecuencias o efectos de dicha incorporación?

IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

4.1.1. Problema principal

¿Cuáles son los criterios que deben considerarse para la aplicación de penalidades derivadas de incumplimientos o cumplimientos parciales, tardíos o defectuosos de obligaciones, en el marco de los Contratos de Concesión de Infraestructura suscritos en el Perú?

En el presente caso, se reconoce que, en el marco de las funciones generales previstas para OSITRAN, el Reglamento de Organización y Funciones (en adelante, “el ROF”)⁴ del Regulador resalta la actividad de supervisión, fiscalización y sanción desplegada en el marco de aquellos servicios vinculados tanto con **(i)** la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, y **(ii)** la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros.

En adición a ello, el numeral (1) del artículo 3 del ROF establece como función de OSITRAN la siguiente actividad: “Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos, en el ámbito de su competencia, desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito”. Así, si bien OSITRAN cuenta con competencias y facultades reconocidas a través de la legislación, se destaca que las facultades y competencias desplegadas en el marco del Contrato de Concesión encuentran asidero en la regulación prevista contractualmente, y no se deriva exclusivamente de la normativa sectorial prevista.

Como consecuencia de ello, y a partir de una interpretación integral del contenido del Contrato de Concesión y la normativa aplicable en la materia, se destaca que la aplicación de penalidades a cargo de OSITRAN tienen como origen la

⁴ Aprobado mediante Decreto Supremo No. 012-2015-PCM, Decreto que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de OSITRAN.

regulación de las consecuencias previstas a partir del incumplimiento de obligaciones de las partes, el cual es ejercido en concordancia con las funciones administrativas reconocidas a favor de OSITRAN, bajo el rol de Organismo Regulador.

Sin perjuicio de ello, se postula que en el caso de contratos públicos de infraestructura de transporte -como lo es, el presente Contrato de Concesión- corresponden a una naturaleza mixta, por medio de la cual cuentan con regulación tanto contractual como administrativa. De esta manera, la participación de entidades -como OSITRAN- se da en base a funciones administrativas, pero la naturaleza del procedimiento es fijada a partir del tipo de regulación del cual proviene.

Siendo que, en el presente caso, las penalidades se encuentran previstas por el propio Contrato de Concesión -y no tiene un origen normativo, como sucede con las infracciones y sanciones- se postula que nos encontramos frente a un procedimiento de aplicación de penalidades de carácter contractual.

En virtud de ello, los criterios contractuales que deben ser considerados para la aplicación de penalidades en contratos de concesión deben centrarse en los siguientes aspectos: **(i)** la naturaleza jurídica de las penalidades aplicadas en el marco del Contrato de Concesión y su diferenciación respecto a la imputación de sanciones administrativas, **(ii)** el rol de OSITRAN en la aplicación de penalidades en el marco del Contrato de Concesión, y **(iii)** las vías de cuestionamiento (o “impugnación”) de las penalidades impuestas en el marco del Contrato de Concesión.

4.1.2. Problemas secundarios

En virtud de la revisión bibliográfica realizada, y conforme a la posición adoptada para la elaboración del presente Informe Jurídico, la determinación de aplicación de penalidades no se condice con un acto administrativo *per se*, bajo el

entendimiento de la figura jurídica prevista por el TUO de la LPAG; por el contrario, en el marco de los Contratos de Concesión, devienen de actuaciones y decisiones contractuales, emitidas en virtud de lo dispuesto por el Contrato de Concesión.

A partir de ello, las empresas concesionarias pueden cuestionar la aplicación de penalidades a través de la vía arbitral prevista en los Contratos de Concesión suscritos. Sobre el particular, se advierte que en el caso en concreto el Tribunal Arbitral prosiguió con la reducción de las penalidades impuestas, en virtud del análisis del tema de fondo y la exención de responsabilidad del Concesionario en el marco de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Respecto a la decisión del Tribunal Arbitral, el presente Informe Jurídico considera que, tras la anulación de la primera decisión emitida por el colegiado, el Laudo del 15 de julio de 2019 motiva de manera adecuada cuál es el sustento de la reducción de penalidades aplicadas al Concesionario, esto es, por qué el Colegiado decidió reducir las penalidades en un 75% del monto inicialmente impuesto.

En virtud de ello, se ahondará en los argumentos elaborados por los miembros del Tribunal Arbitral, razón por la cual se analizará los fundamentos desarrollados en el Laudo Arbitral, en virtud del principio de debida motivación, por el cual se declararon fundadas las pretensiones subordinadas los principios de razonabilidad y debida motivación.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. Problema secundario 1. ¿Cuál es la naturaleza de las penalidades aplicadas por OSITRAN, en el marco del Contrato de Concesión por la Línea 2 del Metro?

5.1.1. Naturaleza jurídica y definición de las penalidades en el marco del Derecho Civil peruano

En el marco de la suscripción de un contrato, las partes acuerdan derechos y obligaciones mutuas, en virtud del surgimiento de una nueva relación jurídica. De esta manera, el contrato genera obligaciones vinculantes para las partes, en relación con el objeto jurídico sobre el cual verse el contrato. En el presente caso, nos encontramos frente a un Contrato de Concesión, en el cual las partes son el Concesionario y el Concedente.

Respecto al objeto contractual, el Contrato de Concesión fue suscrito en relación con los siguientes aspectos:



En virtud de ello, se determinaron las obligaciones y deberes del Concesionario y el Concedente, orientadas a satisfacer el objeto del contrato, relacionado con el desarrollo del Proyecto.

Ahora bien, como parte de la institución de los contratos de concesión, las partes no solo han pactado las obligaciones derivadas del acuerdo, sino también las consecuencias de los incumplimientos de dichas obligaciones. Siendo así, el Contrato de Concesión establece la aplicación de penalidades, en aquellos casos en los cuales se incurra en el supuesto de hecho de un incumplimiento previsto por el Contrato. Para evaluar cómo han sido reguladas las penalidades

en nuestro ordenamiento jurídico, vale la pena revisar la regulación prevista por el Código Civil.

Según Kemelmajer, la cláusula penal es definida de la siguiente manera:

Un negocio jurídico, o una convención o estipulación accesoria, por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente (1981, p. 17).

Al respecto, la presente definición permite desarrollar el marco conceptual de las cláusulas penales que adopta el presente trabajo, en virtud de sus principales características, las cuales enlistamos a continuación: **(i)** es una estipulación accesoria a una obligación principal, **(ii)** es una garantía del cumplimiento de una obligación principal, y, **(iii)** representa una perspectiva de consecuencias punitivas acordada entre las partes.

Respecto al literal **(i)**, es claro que las penalidades no representan una obligación principal por sí mismas, por el contrario, son obligaciones de carácter accesorio, en virtud de un incumplimiento, o un cumplimiento parcial, tardío y/o defectuoso de la obligación principal. De esta manera, las penalidades representan un compromiso de pago como consecuencia del incumplimiento de una obligación principal, mas no constituyen en sí mismas una obligación principal.

Respecto al literal **(ii)**, resulta evidente que las partes siempre velarán por el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el Contrato. De esta manera, las penalidades se activarán si y solo si una de las partes incurre en el incumplimiento de una obligación contractual que, a su vez, gatilla la aplicación de penalidades. Bajo el riesgo de que, ante el incumplimiento, se habilite la aplicación de penalidades, resulta lógico que ninguna de las partes buscará -razonablemente- incumplir con sus obligaciones, puesto que ello representaría un perjuicio a sus intereses económicos. En consecuencia, las penalidades

también representan una garantía del cumplimiento de la obligación principal del contrato.

Finalmente, respecto al literal **(iii)**, las penalidades también son una manifestación de trasladar consecuencias punitivas a la parte que imputa el Contrato. Más allá del incumplimiento de las obligaciones, consideramos que la aplicación de penalidades tiene como objetivo que las partes evadan la posibilidad de incumplir las obligaciones del contrato, tomando en consideración que dicho incumplimiento podría conllevar consecuencias tales como la aplicación de penalidades, las cuales no reemplazan el cumplimiento de la obligación, sino que representan prestaciones indemnizatorias a favor del acreedor de la obligación.

Habiendo desarrollado brevemente la perspectiva conceptual de las penalidades corresponde analizar su regulación dentro del ordenamiento jurídico peruano. Sobre el particular, el artículo 1341° del Código Civil dispone que, cuando así lo hayan pactado las partes -en caso de incumplimiento- uno de los contratantes quedará sujeto al pago de una penalidad, siendo el objetivo de dicho pago limitar el resarcimiento a la prestación incumplida.

De esta manera, el Código Civil nos permite afirmar que las penalidades en la normativa peruana son de naturaleza resarcitoria, por las cuales, ante el incumplimiento de una obligación principal, una de las partes del contrato puede solicitar el pago de las penalidades que se devenguen del incumplimiento en el cual se haya incurrido.

Conforme a ello, el propósito de la previsión de cláusulas penales es, además, prevenir posibles incumplimientos de obligaciones establecidas en el marco de los contratos. Ante la inobservancia de aquellos compromisos pactados en un acuerdo contractual, la previsión de cláusulas penales permite que la parte afectada pueda solicitar su activación y, por ende, pueda ser beneficiado con el

pago o reconocimiento de la cuantía monetaria que haya sido prevista en el acuerdo.

Así, con el pago de este monto, la parte perjudicada puede obtener un beneficio monetario que busca resarcir la falta de cumplimiento oportuno -y acorde a las condiciones pactadas por las partes- de la obligación de aquel que infringió lo estipulado en el contrato. Sin perjuicio de lo explicado, se deberá tener en consideración que las penalidades no tienen como objetivo suplantar el cumplimiento de las obligaciones del acuerdo contractual; las cláusulas penales solo tienen como objeto resarcir la falta de ejecución y/o realización adecuada de los compromisos adoptados por las partes. En conclusión, y conforme a lo que se haya establecido en cada contrato, la parte infractora deberá garantizar el cumplimiento de la obligación por la cual se le haya aplicado alguna pena.

Ahora bien, en suma a lo anterior señalado, se debe tomar en consideración que el establecimiento de los incumplimientos que generan penalidades forma parte de las cláusulas penales previstas en los contratos, los cuales son diseñados junto al procedimiento de aplicación de estas. Así, el procedimiento de aplicación de penalidades variará en virtud del tipo de contrato que sea suscrito. En el caso concreto, nos enfocaremos en el establecimiento de los contratos de concesión.

5.1.2. Aplicación de las penalidades en el Contrato de Concesión

En el marco del desarrollo de la infraestructura y servicios públicos en el país, el Estado y los inversionistas privados suscriben acuerdos a través de los cuales la Administración Pública reconoce a favor de los inversionistas privados el derecho de usar y explotar bienes o servicios públicos, durante un período determinado. A continuación, revisaremos la regulación del contrato de concesión en el Perú.

En el ordenamiento jurídico peruano, el régimen legal de las concesiones ha sido protagonista de una constante evolución legislativa. Actualmente, el marco

normativo de los regímenes de Asociaciones Público-Privadas -y contratos de concesión- se encuentra regulado por el Texto único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo No. 1362⁵, cuyo propósito es brindar un marco normativo e institucional idóneo para la realización de proyectos que fomenten la inversión en el país, a partir del régimen de APP's y PA.

Al respecto, el numeral 8 del artículo 5 del Reglamento del Decreto Legislativo No. 1362⁶ define a la concesión como aquellos actos administrativos por los cuales las entidades públicas otorgan a un inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o prestación de servicios públicos. De esta manera, los contratos de concesión son aquellos contratos suscritos entre el Estado (a través de la entidad pública titular del proyecto) y el inversionista privado, a través de los cuales se reconocen los deberes y obligaciones de las partes en relación con la ejecución y/o explotación de infraestructura pública o prestación de servicios públicos.

En el marco de la suscripción de los referidos contratos, surgen los roles del Concesionario (inversionista privado) y el Concedente (Estado), quienes acuerdan los derechos y obligaciones referidos al objetivo del Contrato de Concesión; además, junto con ello, también pactan los escenarios de resarcimiento frente a posibles incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión. En virtud de ello, los Contratos de Concesión contienen una cláusula referida a la aplicación de penalidades, a través de las cuales se establecen las cuantías que serán imputadas a las partes, en caso se incumpla con las obligaciones previstas por la cláusula penal.

Al respecto, en el marco del Contrato de Concesión, la aplicación de penalidades contractuales se encuentra prevista en la Cláusula 17.13. Sobre el particular, el Contrato establece que, en caso de incumplimiento del Concesionario, el Regulador podrá determinar los mecanismos de subsanación, así como también

⁵ Aprobado a través del Decreto Supremo No. 195-2013-EF.

⁶ Aprobado a través del Decreto Supremo No. 240-2018-EF.

la aplicación de las penalidades correspondientes, según el Anexo 10 del Contrato de Concesión.

De esta manera, en el Contrato de Concesión se prevé la aplicación de penalidades a cargo del Regulador, quien se encuentra facultado para la aplicación de las penalidades derivadas del Contrato.

5.1.3. Distinción entre las penalidades y las infracciones / sanciones administrativas

Como se explicó anteriormente, las penalidades previstas en los contratos tienen como objetivo promover que las partes garanticen el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el Contrato; así, se busca desincentivar que el deudor de la obligación incumpla con los compromisos que se encuentran a su cargo. Ahora bien, adicionalmente, se advirtió que también se puede reconocer una función punitiva en la aplicación de penalidades, en tanto ante el incumplimiento de una obligación, la aplicación de la penalidad supone una “sanción” para el deudor de la obligación. Dicho de otro modo, las penalidades también despliegan efectos de condena para quien haya incumplido su obligación.

Resulta claro que, en el marco de los contratos entre privados, la aplicación de dichas penalidades no supondrá mayores cuestionamientos respecto a su pertinencia a la esfera del derecho civil. No obstante, en el marco de los contratos de concesión, existen razones suficientes como para cuestionar la naturaleza de la potestad de aplicación de penalidades, en virtud de las ideas enlistadas a continuación: **(i)** el acreedor de la obligación no es un privado, por el contrario, es el Estado, representado a través de la entidad titular del proyecto; **(ii)** el Regulador (OSITRAN) es la entidad a cargo de determinar la procedencia de aplicación de penalidades y, a su vez, está a cargo del procedimiento de aplicación de estas; **(iii)** las penalidades son aplicadas en virtud del incumplimiento de obligaciones del Contrato de Concesión, cuyo objeto es la

ejecución y explotación de infraestructura pública o prestación de servicios públicos.

En virtud de las tres (03) ideas anteriormente expuestas, resulta importante cuestionarnos si la aplicación de penalidades podría ser confundida y/o vinculada con el régimen de infracciones y sanciones referido a la potestad sancionadora de la Administración Pública. El régimen de infracciones y sanciones administrativas se encuentran reguladas, en primer lugar, por el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG)⁷, a través del Capítulo III de la norma referido al Procedimiento Sancionador.

El artículo 247.1 del TUO de la LPAG establece que las disposiciones contenidas en dicha norma se encuentran orientadas a guiar la facultad de las entidades para fijar infracciones administrativas y, junto a ellas, las sanciones correspondientes a los administrados. De esta manera, se reconoce la potestad sancionadora a todas las entidades que cuenten con dicha facultad; en efecto, dentro de dichas entidades se encuentra incluido OSITRAN, a quien se le ha reconocido como parte de sus funciones el despliegue de potestad sancionadora. Sobre este punto, se abordará con mayor detalle en el numeral 5.2.2. del presente Informe.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, se debe resaltar que la aplicación de penalidades no se encuentra incluida dentro del alcance de las disposiciones de la potestad sancionadora administrativa prevista por el TUO de la LPAG. Para dilucidar entre las penalidades previstas en el Contrato de Concesión y aquellas infracciones y sanciones pertenecientes al régimen normativo administrativo, analizaremos el contenido del numeral 4 del artículo 248, referido a uno de los principios de la potestad sancionadora.

⁷ Aprobado a través del Decreto Supremo No. 004-2019-JUS.

Al respecto, el principio de tipicidad de la potestad sancionadora administrativa establece que solo serán consideradas como conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas en normas con rango de ley, mediante su tipificación, sin admitir interpretación extensiva o analogía. De esta manera, una de las características primigenias de las sanciones administrativas, es que el hecho generador de la infracción debe encontrarse previsto por una norma con rango de ley; en el caso de las penalidades, estas derivan del acuerdo entre las partes contenido en un contrato de concesión.

Adicionalmente, se debe considerar que el TUO de la LPAG prevé que mediante la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones no previstas en una norma legal o reglamentaria; en virtud de ello, se advierte que el propósito del legislador es que los administrados cuenten con garantías que tutelen sus derechos y, por ende, conozcan con exactitud por qué hechos pueden incurrir en infracciones y, posteriormente, se les pueden imputar sanciones.

De esta manera, resulta contrario a lo señalado en la norma suponer que la aplicación de penalidades puede equipararse a la aplicación de sanciones, en tanto la primera tiene como objetivo resarcir incumplimientos derivado de obligaciones contractuales, mientras las segundas se encuentran relacionadas con la fijación de infracciones y sanciones derivadas de la determinación de responsabilidad de un administrado, en relación con un supuesto de infracción previsto normativamente.

En ese sentido, habiendo establecido la diferenciación entre la aplicación de penalidades y el régimen de infracciones y sanciones de la potestad sancionadora administrativa, consideramos que, resulta importante evaluar cómo se encuentra establecido el contenido del Contrato de Concesión, a efectos de determinar si nos encontramos frente a penalidades o frente a un régimen de infracciones y sanciones.

El Contrato de Concesión establece el procedimiento de penalidades contractuales, conforme a lo previsto por las disposiciones contenidas entre las Cláusulas 17.12 y 17.17. A continuación, explicaremos cuál es el régimen y el procedimiento de aplicación de penalidades previsto por el Contrato de Concesión.

Procedimiento de aplicación de penalidades contractuales según el Contrato de Concesión

En primer lugar, se reconoce la facultad a OSITRAN de aplicar las penalidades previstas por el Contrato de Concesión. Así, se dispone que el Concesionario no se encuentra exento de responsabilidad (y, por ende, de ser plausible de ser penalizado) aún en los casos en que los incumplimientos son consecuencia de los contratos celebrados con contratistas, subcontratistas o terceras personas.

En segundo lugar, se prevé que, frente al incumplimiento del Concesionario, el Regulador comunicará al Concedente y al Concesionario lo siguiente: **(i)** incumplimiento advertido, **(ii)** mecanismos de subsanación, **(iii)** plazos correspondientes de subsanación, y/o **(iv)** la aplicación de penalidades prevista por el Anexo 10 del Contrato. Al respecto, es a través del Anexo 10 del Contrato que las partes establecen cuáles son las penalidades previstas frente al incumplimiento de determinadas obligaciones.

En tercer lugar, el Contrato de Concesión prevé que el Concesionario puede “impugnar”⁸ la imposición de penalidades -es decir, cuestionarlas- en un plazo máximo de diez (10) días, a través de la presentación de un escrito dirigido al Regulador. Posteriormente, OSITRAN cuenta con el plazo de quince (15) días para emitir su pronunciamiento respecto a lo solicitado por el Concesionario. En

⁸ Conforme a lo previsto por la Cláusula 17.14 del Contrato de Concesión, luego de la aplicación de penalidades, el Concesionario puede impugnar la imposición de penalidades ante el Regulador. No obstante, como se detallará más adelante, el presente análisis considera que el uso del término “impugnar” y sus derivados no refleja de manera adecuada el cuestionamiento de la aplicación de penalidades dirigido a OSITRAN, y puede inducir a error respecto al régimen de aplicación de penalidades.

caso OSITRAN no emita pronunciamiento en el plazo previsto, se entenderá como denegado el cuestionamiento de la aplicación de penalidades formulado por el Concesionario.

En cuarto lugar, se prevé que el monto de las penalidades -en caso no sean cuestionadas- será abonado por el Concesionario al Concedente a la cuenta de Retribución por Operación y Mantenimiento, en un plazo máximo de diez (10) días desde la notificación recibida por el Regulador.

Finalmente, en quinto lugar, en caso el Concesionario incumpla con pagar sus penalidades en el plazo previsto, el Concedente se encontrará facultado a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, hasta el monto al que ascienda la penalidad impuesta.

De esta manera, en virtud del análisis del procedimiento de aplicación de penalidades previsto por el Contrato de Concesión, se verifica que no se cuentan con indicios y/o elementos que sugieran que nos encontramos frente al inicio de un procedimiento administrativo sancionador por el cual OSITRAN haya detectado una infracción y, posteriormente, se haya impuesto una sanción. Por el contrario, se trata de un procedimiento de aplicación de penalidades contractuales, conforme a lo previsto por el Código Civil, en atención a lo pactado por las partes a través del Contrato de Concesión.

De esta manera, conforme a lo desarrollado anteriormente, como respuesta al primer problema secundario, se obtiene que las penalidades responden a una naturaleza contractual, cuyo propósito es resarcir aquellos incumplimientos en el que una de las partes haya incurrido. Adicionalmente, se debe considerar que cada contrato tiene previsto un procedimiento de aplicación de las cuantías correspondientes frente a cada incumplimiento. Finalmente, estas penalidades no pueden ser confundidas con las sanciones derivadas de un procedimiento en el plano administrativo, dado que derivan de cuerpos normativos y procedimientos distintos.

Así, se concluye que la naturaleza jurídica de las penalidades previstas por el Contrato de Concesión se condice con una obligación accesoria, a través del cual se busca resarcir el incumplimiento de obligaciones de una de las partes. Bajo ningún término responde a una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

5.2. Problema secundario 2. ¿Cuál es el rol de OSITRAN en los Contratos de Concesión de Infraestructura suscritos en el Perú?

5.2.1. Definición de los Contratos de Concesión en el Perú

Bajo una interpretación primaria, tal como afirmamos en el acápite anterior, se puede afirmar que los Contratos de Concesión son aquellos acuerdos suscritos entre la Administración Pública y los inversionistas privados, cuyo objeto consiste en la ejecución de actividades orientadas al desarrollo de servicios públicos. Así, conforme a ello, los contratos de concesión son aquellos acuerdos entre el Concedente y el Concesionario, a través del cual se dispone el derecho de los inversionistas a la ejecución y explotación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado.

De esta manera, la normativa peruana relativa a la promoción de la inversión privada señala a la Concesión como un acto administrativo, mediante el cual se adjudica la ejecución de actividades que – bajo el esquema organizativo del Estado – forman parte de las obligaciones de la Administración Pública. No obstante, como parte de las facultades reconocidas al Estado, las concesiones permiten que este pueda delegar el ejercicio de determinadas actividades para las cuales no se da abasto.

Ahora bien, como parte del presente análisis, debemos hacer mención a que existe un amplio debate en la doctrina nacional e internacional referida a la

naturaleza del Contrato de Concesión, y si, en el marco de su ejecución, la Administración Pública mantiene el ejercicio de sus prerrogativas o no.

García de Enterría (1963, p.115), establece que carece de sentido insistir en determinar si los contratos administrativos son instituciones del Derecho administrativo o civil, por lo cual señaló lo siguiente:

Si tuviéramos que ofrecer una representación gráfica expresiva de la relación entre las dos figuras, habría de ser, no la de dos islas separadas y cada una suficiente sobre sí misma, sino la de dos montañas de una misma cordillera, cuya base es (...) la técnica del derecho civil.

En virtud de ello, la posición del referido autor se centra en determinar que, aun cuando los contratos administrativos involucran la participación del Estado y, por ende, el despliegue de las prerrogativas atribuibles a éste, no se debe concebir a los contratos administrativos como un tópico aislado del derecho civil. Al respecto, el presente trabajo considera que el objeto de los contratos administrativos se centra en la ejecución de actividades orientadas al desarrollo de servicios públicos, para lo cual se apoya en la base del derecho civil, a través del cual se consolida el acuerdo formulado entre los particulares y la Administración Pública.

En esa misma línea, conforme a lo descrito por Guido Tawil, en opinión del autor, la concesión de servicios públicos es un sistema particular caracterizado por un régimen exorbitante en comparación con el Derecho privado. Sobre el particular, se establece que en este tipo de contratos surge una “tensión entre las prerrogativas estatales y las garantías de los administrados” (2009, p. 309). De esta manera, corresponde enfatizar que la Administración Pública se desenvuelve como parte del contrato, actuando bajo parámetros de limitación del régimen exorbitante. Dicho de otro modo, el Estado no puede ejercer sus prerrogativas estatales discrecionalmente, debido a que debe desenvolverse en el marco del respeto y tutela de las garantías de los administrados.

En línea de lo anterior, el autor ejemplifica posibles escenarios de tensión, los cuales enlistamos a continuación, a efectos de evidenciar aquellos casos que se buscan plantear.

Prerrogativa de la Administración Pública	Garantías de los administrados
Ejercicio del <i>ius variandi</i>	Derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera
Potestad de revocar (resolver) un contrato	Derecho a obtener una compensación por daños y perjuicios causados
Potestad de imponer sanciones	Garantía del debido proceso

[Elaboración propia]

De esta manera, ha quedado evidenciado que, aun cuando los contratos administrativos de concesión, se enmarcan en una relación contractual suscrita entre un representante de la Administración Pública y un particular, debe quedar evidenciado lo siguiente: (i) no se pretende desconocer el ejercicio de prerrogativas de la Administración Pública; y, (ii) el ejercicio de las prerrogativas de la Administración Pública deberá adecuarse a la razonabilidad de su implementación, en el marco de asegurar los derechos y garantías de los particulares (entiéndase, los administrados).

Ahora bien, en virtud de lo anteriormente explicado, resulta importante tomar en consideración, que en el caso concreto no nos encontramos frente a la manifestación de prerrogativas del Estado, tales como la potestad de imponer sanciones. Por el contrario, la presente controversia ha sido originada por la aplicación de penalidades por parte del Regulador, las cuales derivan de supuestos incumplimientos del Concesionario en el Contrato de Concesión.

Así, en el presente caso, no se verifica que haya existido un exceso en el ejercicio de las prerrogativas del Estado; por el contrario, nos limitamos exclusivamente a la aplicación de penalidades derivadas de supuestos incumplimientos de obligaciones contractuales, lo cual no representa un ejercicio de las prerrogativas de la Administración Pública. En conclusión, el presente caso no versa respecto a la existencia o no de un exceso de prerrogativas del Estado.

5.2.2. Rol de OSITRAN en los Contratos de Concesión

En el Perú, la creación de los organismos reguladores se encuentra relacionada con la desmonopolización de los servicios públicos, durante el proceso de variación de titularidad del régimen estatal hacia un régimen privado. Sobre el particular, si bien no se encuentra estrictamente definido el concepto de los organismos reguladores, a partir de la pluralidad de roles que desempeña en el aparato estatal, el Tribunal Constitucional ha realizado una aproximación a los mismos, a través de las recientes sentencias emitidas.

En relación con ello, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una conceptualización de las funciones de los organismos reguladores, a través de las Sentencias de los Expedientes No. 005-2003-AI/TC y No. 0008-2003-AI/TC. En primer lugar, ha enfatizado la función de suministrar el marco regulador necesario para permitir la promoción de nuevas inversiones, mediante la prestación de servicios y, así, desarrollar mayores niveles de bienestar para los usuarios de servicios bajo su supervisión. Por otro lado, también ha destacado el ejercicio de actividades de tutela de los derechos de los usuarios y del interés público, a efectos de controlar la prestación de los servicios en el mercado.

De esta manera, los organismos reguladores fueron creados con el objetivo de contribuir con el desarrollo de las infraestructura y servicios públicos, por lo cual tienen como objetivo proteger los intereses de los usuarios, concesionarios y el Estado. En el marco del objetivo anteriormente descrito, los organismos

reguladores participan en los contratos de concesión tanto durante la etapa de diseño del contrato como durante la ejecución contractual.

En línea con lo anterior, conforme a lo señalado por Mirko Maldonado, los organismos reguladores velan por el funcionamiento y desarrollo del sector para el cual fueron creados; además, promueven nuevas inversiones, a partir del ingreso de nuevos operadores que compitan en el mercado; y, adicionalmente, desarrollan y diseñan mecanismos que permitan garantizar el bienestar de los usuarios de los servicios que sean supervisados en cada uno de los sectores que son regulados (2018, pp. 164). De esta manera, es importante resaltar que los organismos reguladores desempeñan un rol importante en la regulación del funcionamiento del sector, tanto a través de la promoción del ingreso de nuevos operadores en el mercado, como también a través de la tutela y bienestar de los intereses de los usuarios que reciben el servicio.

Habiendo desarrollado de manera general el rol de los organismos reguladores en el Perú, corresponde centrarnos en las actividades de los organismos reguladores en el marco de un contrato de concesión. Al respecto, como se ha demostrado a través del análisis del caso concreto, en el marco del Contrato de Concesión, OSITRAN ha ejercido funciones bajo el rol de Regulador; no obstante, se deberá verificar si su actuación representa *per se* el ejercicio de funciones administrativas.

Sobre el particular, es importante diferenciar las actuaciones de los organismos reguladores durante la ejecución de un contrato de concesión, en relación a cuándo ejercen función administrativa y cuándo no. Así, los organismos reguladores pueden actuar en el marco de sus funciones administrativas establecidas por la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (“Ley No. 27332”).

En relación con ello, el artículo 3 de la Ley No. 27332 detalla aquellas funciones administrativas inherentes a los organismos reguladores, los cuales describimos a continuación.

Función supervisora	•Se verifica el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada.
Función reguladora	•Se fijan tarifas de los servicios, por ejemplo, OSITRAN fija el precio de los peajes para el caso de concesiones de carreteras.
Función normativa	•Se dictan aquellas normas que regulen los procedimientos a su cargo. Por ejemplo, el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.
Función fiscalizadora y sancionadora	•Se fiscaliza e imponen sanciones y medidas correctivas por el incumplimiento de obligaciones de normas legales o técnicas y de las obligaciones contraídas por los concesionarios.
Función de solución de controversias y reclamos	•A través de estas funciones, los reguladores tienen la facultad de conciliar intereses contrapuestos mediante el Tribunal de Controversias y Atención de Reclamos.

[Elaboración propia]

Ahora bien, habiendo detallado las principales funciones de los Organismos Reguladores, resulta fundamental revisar lo dispuesto por la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (“Ley No. 26917”).

Al respecto, el artículo 3 de la Ley No. 26917 dispone que una de las misiones de OSITRAN es regular el cumplimiento de los Contratos de Concesión, para lo cual cautela en forma imparcial y objetiva (i) los intereses del Estado, (ii) los intereses de los inversionistas, y (iii) los intereses de los usuarios. En esa misma línea, el artículo 5 de la misma ley dispone que el objetivo de OSITRAN es velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública de transporte.

De esta manera, queda evidenciado que OSITRAN cuenta con facultades otorgadas vía ley, por las cuales debe actuar y velar por el cumplimiento de los Contratos de Concesión. Sin perjuicio de ello, no se puede desconocer que existen obligaciones brindadas exclusivamente por el Contrato de Concesión, como sucede en el presente caso.

Dicho de otro modo, es claro que el Regulador cuenta con un marco normativo regulatorio, a través del cual se establecen sus obligaciones en el marco de los Contratos de Concesión; no obstante, se debe resaltar también que, bajo el contenido del Contrato, se reconocen facultades al Regulador que deben ser desplegadas en el marco del Contrato, por lo que el Regulador cuenta con una fuente de obligaciones “mixta”, tanto por ley, como por contrato, resultando importante que en el caso concreto las facultades de OSITRAN sean ejercidas en atención tanto de la normativa sectorial, como también del contrato.

En virtud de lo analizado, se puede concluir que el rol de OSITRAN en los Contratos de Concesión se encuentra estipulado bajo la figura de facultades y funciones de los organismos reguladores, previsto por la normativa sectorial de dichas entidades; no obstante, también se debe tomar en consideración las facultades reconocidas a OSITRAN, a través de las disposiciones del Contrato de Concesión.

Siendo así, bajo el amparo de lo previsto por el artículo 3 de la Ley No. 26917, así como también por la Cláusula 17.12 del Contrato, queda evidenciado que OSITRAN se encuentra facultado a intervenir en los contratos de concesión, y, como parte de dicha facultad, puede aplicar penalidades al Concesionario, en virtud del incumplimiento del contenido del Contrato de Concesión. Además, bajo lo previsto por el marco normativo, el Regulador podrá también imponer sanciones y medidas correctivas -en caso corresponda- por el incumplimiento de normas legales, técnicas y las verificaciones correspondientes.

Sin perjuicio de lo explicado, no se debe perder de vista que, finalmente, el origen del procedimiento y la imposición de cuantías resarcitorias surge del acuerdo entre las Partes (tabla de penalidades), y no de la norma en sí misma. Con ello, podemos concluir que estamos frente a un procedimiento de fuente contractual de aplicación de montos resarcitorios, el cual, como explicamos anteriormente, tiene como objetivo indemnizar la falta de realización oportuna y/o adecuada de aquellas actividades en las cuales se comprometieron las partes mediante acuerdo contractual.

5.3. Problema secundario 3. ¿Qué vía deben seguir las empresas concesionarias en caso su objetivo fuese cuestionar la aplicación de penalidades impuesta por OSITRAN? ¿Se puede aplicar los recursos administrativos previstos por la Ley del Procedimiento Administrativo General?

5.3.1. Procedimiento de aplicación de penalidades previsto por el Contrato de Concesión

Conforme a lo establecido por la *Cláusula 17.12* del Contrato de Concesión, el Regulador se encuentra facultado para aplicar penalidades contractuales. En virtud de ello, existen facultades de OSITRAN previstas por el Contrato de Concesión por las cuales se le habilita a aplicar penalidades, lo cual también se encuentra regulado por la normativa aplicable a los Contratos de Concesión de Infraestructura.

Ahora bien, ello significa que, en casos de incumplimiento del Concesionario de las obligaciones acordadas mediante acuerdo contractual, OSITRAN podrá comunicar al Concedente y al Concesionario el incumplimiento detectado y, a su vez, indicará los mecanismos de subsanación de los referidos incumplimientos, así como los plazos correspondientes para la subsanación y/o la aplicación de las penalidades previstas por el Anexo 10 del Contrato.

En efecto, el propio Contrato de Concesión regula supuestos en los cuales el Concesionario puede observar las penalidades impuestas por OSITRAN. Así, conforme a lo detallado en el análisis del procedimiento de aplicación de penalidades en el Contrato de Concesión, el Concesionario podrá “impugnar” las referidas penalidades, en tanto considere que existen razones por las cuales se encuentra habilitado a dicho cuestionamiento.

De esta manera, se ha evidenciado que el Concesionario cuenta con mecanismos contractuales a través de los cuales puede cuestionar la decisión del Regulador en relación con la aplicación de penalidades que éste haya considerado. No obstante, es pertinente cuestionarnos qué sucederá en aquellos casos en los cuales el Concedente rechaza la solicitud de inaplicación de penalidades formulada por el Concesionario y, tras su decisión, exige el pago de las penalidades impuestas por el Regulador.

Al respecto, en dicho caso, nos encontraremos frente a las posiciones adversas del Concesionario y el Concedente, es decir, frente a una controversia entre las partes, por lo cual el Concesionario se encontrará habilitado a ejercer su derecho de activar la cláusula de solución de controversias del Contrato de Concesión. La Sección XVI del Contrato regula la solución de disputas que surjan entre las partes durante la Concesión, y aquellas controversias derivadas de la resolución del Contrato y la Caducidad de la Concesión. Evidentemente, el cuestionamiento por la aplicación de penalidades del Regulador también puede ser sometido a dicho mecanismo.

Así, en primer lugar, las partes someterán a trato directo aquellos conflictos que versen sobre la interpretación, ejecución, o cumplimiento del Contrato de Concesión. Posteriormente, en caso las Partes no arribaran a un acuerdo luego de someter sus controversias a trato directo, corresponderá que sea resuelto bajo la modalidad del arbitraje.

En virtud de lo explicado, queda demostrado que existe un procedimiento de aplicación de penalidades previsto en el Contrato de Concesión, por el cual el Concesionario puede cuestionar las penalidades imputadas por el Regulador. Adicionalmente, en caso el Concedente y el Regulador mantengan firme la decisión de aplicar penalidades, el Concesionario se encuentra habilitado a activar la cláusula de solución de controversias del Contrato de Concesión.

Al igual que otros contratos de concesión suscritos por el Estado con inversores privados, se prevé que la aplicación de penalidades pueda ser discutido a través de los mecanismos de solución de disputas previstos en el Contrato. Resultaría incoherente con el contenido acordado por las Partes que aquellas controversias derivadas de la ejecución del Contrato sean cuestionadas por medio de otras vías u otros procedimientos distintos a los que las Partes se sometieron.

En virtud de ello, no es correcto afirmar que las penalidades derivadas del Contrato de Concesión no pueden ser cuestionadas por el Concesionario, en tanto cuentan con un mecanismo contractual que permite que, incluso tras la denegatoria del Regulador, pueda someterse a decisión de un tercero la procedencia o no de la aplicación de penalidades (Tribunal Arbitral).

Ahora bien, como parte del presente informe, se analizarán también los recursos previstos por la normativa administrativa, en el marco del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, y se evaluará si dichos recursos son aplicables al presente Contrato de Concesión.

5.3.2. Respecto a los recursos administrativos previstos por la Ley del Procedimiento Administrativo General

El TUO de la LPAG establece los parámetros de desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador. De esta manera, el artículo 247 prevé que el capítulo del procedimiento sancionador se circunscribe a aquellas potestades atribuidas a las entidades para la imposición o establecimiento de infracciones de carácter

administrativo, aunado a las sanciones que correspondan a los administrados. En virtud de ello, siendo que la ley prevé que las sanciones corresponden a aquellos supuestos previstos normativamente, resultaría erróneo suponer que las penalidades deben ser controvertidas o cuestionadas a través de un procedimiento sancionador de carácter administrativo. El presente informe considera que este cuestionamiento se debe dar a través de la vía arbitral.

Así, conforme con dicha línea argumentativa, resulta incorrecto y contrario a la normativa administrativa y al contenido contractual, considerar que el Concesionario podría recurrir a los recursos previstos por el procedimiento administrativo sancionador para cuestionar la aplicación de penalidades a cargo del Regulador. Ahora bien, distinto será en aquellos casos en los cuales OSITRAN advierta una infracción del Concesionario y decida, posteriormente, imponer una sanción administrativa.

En dicho caso, al tratarse del régimen de infracciones y sanciones de la esfera administrativa, corresponderá que el Concesionario, bajo su rol de administrado, ejerza su defensa ante las imputaciones -de corresponder-, y active los recursos administrativos que tiene disponible para el ejercicio de su derecho. No obstante, reiteramos, en el presente caso el Concesionario no actúa bajo su rol de administrado, sino bajo el rol de parte del Contrato de Concesión, a través del cual puede ejercer los mecanismos contractuales para el cuestionamiento de decisiones de aplicación de penalidades por parte de OSITRAN.

De esta manera, se ha verificado que, en el caso concreto, el procedimiento que debe seguir el Concesionario es el previsto por la Cláusula 17.12 -y posteriores- del Contrato de Concesión, a través del cual incluso se reconoce una etapa de cuestionamiento de la decisión del Regulador. Adicionalmente, en caso el Regulador rechace el cuestionamiento del Concesionario, éste último se encontrará habilitado a activar la Cláusula de Solución de Controversias del Contrato, por medio del cual logre que la disputa surgida entre las partes pueda ser sometida a decisión de un tercero (Arbitraje).

Así, en virtud del contenido del Contrato, y tomando en consideración el marco normativo del procedimiento sancionador de carácter administrativo, resultaría contrario a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico peruano que el Concesionario despliegue o active los recursos administrativos previstos por el procedimiento administrativo sancionador de TUO de la LPAG, cuando en realidad corresponde que el cuestionamiento de la aplicación de penalidades sea cuestionado a través de la vía prevista por el Contrato de Concesión, o, de corresponder, la activación de la cláusula de solución de controversias del Contrato de Concesión, y el consecuente inicio de la etapa de trato directo, y posterior Arbitraje.

Se debe tomar en cuenta que las Partes han acordado un supuesto para que pueda darse solución a las controversias o disputas derivadas del Contrato. Siendo así, resultaría incoherente con el acuerdo pactado que las Partes lleven a cabo procedimientos distintos a los previstos. En atención de todo lo expuesto, las controversias del Contrato deberán ser abordadas a través de los supuestos que las Partes hayan decidido incorporar en sus contratos.

5.4. ¿Cuáles fueron las razones que sustentaron la reducción de penalidades en el marco del Laudo Arbitral derivado del Caso Arbitral N° 0072-2016-CCL?

5.4.1. Pronunciamiento del Tribunal Arbitral

5.4.1.1. Respecto a las pretensiones principales formuladas por el Concesionario

En el marco de la presente controversia, el Concesionario formuló cinco (05) pretensiones principales, a través de las cuales solicitó que el Tribunal Arbitral deje sin efecto las penalidades impuestas por OSITRAN, por el supuesto

incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto.

El supuesto incumplimiento alegado por OSITRAN devengó penalidades computadas en los períodos comprendidos en las siguientes fechas:

- Desde el 04 de agosto hasta el 31 de agosto (2015)
- Desde el 01 de septiembre hasta el 30 de septiembre (2015)
- Desde el 01 de octubre hasta el 31 de octubre (2015)
- Desde el 01 de noviembre hasta el 30 de noviembre (2015)
- Desde el 01 de diciembre hasta el 26 de diciembre (2015)
- Desde el 27 de diciembre hasta el 31 de diciembre (2015)
- Desde el 01 de enero hasta el 31 de enero (2016)
- Desde el 01 de febrero hasta el 28 de febrero (2016)
- Desde el 01 de marzo hasta el 31 de marzo (2016)
- Desde el 01 de mayo hasta el 31 de mayo (2016)

[Elaboración propia]

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral decidió dividir su fundamentación en dos partes. En primer lugar, analizó la naturaleza dinámica de los micro desvíos, junto a la errónea fiscalización; y, en segundo lugar, se evaluó la intimación en mora realizada.

Respecto al primer punto de análisis, el Tribunal Arbitral concluyó que las Resoluciones de Subgerencia emitidas por OSITRAN no demostraban la existencia de un Plan de Desvíos con carácter dinámico. De esta manera, el Colegiado corroboró que OSITRAN cumplió con supervisar al Concesionario de manera correcta.

Ahora bien, respecto al segundo argumento, el Tribunal Arbitral consideró que no es un requisito indispensable la intimación en mora al deudor para la aplicación correspondiente de la penalidad; sin perjuicio de ello, el Colegiado

señaló que los plazos en los que incurrió OSITRAN para la notificación de la aplicación de penalidades fue excesivo.

De esta manera, bajo las premisas anteriormente señaladas, el Tribunal Arbitral decidió desestimar las cinco (05) pretensiones principales formuladas por el Consorcio en el memorial de demanda.

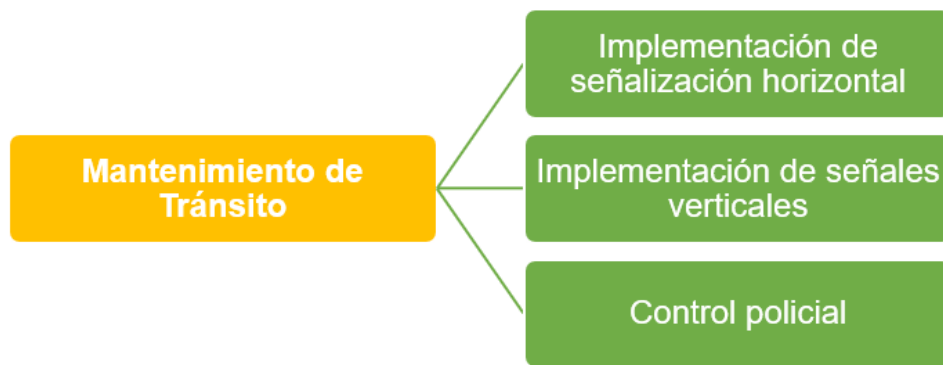
5.4.1.2. Respecto a las pretensiones subordinadas a las pretensiones principales formuladas por el Concesionario

En relación con las pretensiones subordinadas, el Concesionario solicitó al Tribunal Arbitral que determine la reducción de las penalidades interpuestas por OSITRAN, al considerarlas que fueron manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal fue prácticamente cumplida en su totalidad.

Resulta importante precisar que las penalidades a las cuales se refirieron las pretensiones subordinadas son las mismas que fueron descritas en el caso de las pretensiones principales. A continuación, abordaremos el pronunciamiento del Tribunal Arbitral.

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral manifestó que tiene la posibilidad de reducir las penalidades aplicadas, en tanto encuentre elementos de juicio suficientes que demuestren que las penalidades aplicadas por OSITRAN son manifiestamente excesivas, con relación al daño causado o si se hubiera cumplido parcialmente con la prestación.

Ahora bien, en relación con el tema de fondo, resulta importante esclarecer que no es materia controvertida entre las partes los elementos que conforman el Mantenimiento de Tránsito. Los referidos elementos se enlistan a continuación:



[Elaboración propia]

En primer lugar, en virtud de la solicitud de reducción de penalidades, el Tribunal Arbitral manifestó que el hurto de la señalización vertical y horizontal generó que el incumplimiento no obedezca a una causa imputable al Concesionario, sino que es imputable a un tercero, por lo que la penalidad no debería ser exigida como en un escenario de incumplimiento imputable netamente al Concesionario.

Ahora bien, aun cuando nos encontramos frente a eximentes de responsabilidad, el Tribunal Arbitral ha considerado que la denuncia por hurto de las señales no abarca la totalidad del período, por lo cual no se puede dejar sin efecto las penalidades imputadas; sin embargo, es un argumento por tomar en consideración en el marco de reducción de penalidades.

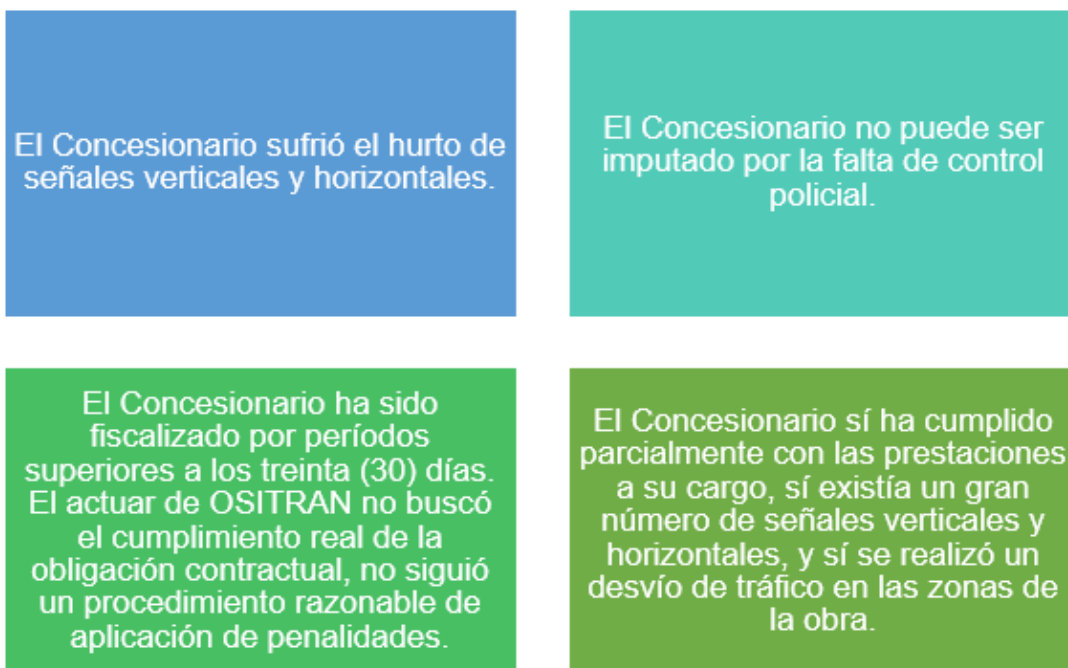
En segundo lugar, el Tribunal Arbitral ha verificado que el Concesionario fue diligente con la celebración del Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional con la Policía Nacional del Perú (“PNP”), pues en virtud de dicho Convenio, la PNP se encontraba obligada a brindar control policial en el marco de labores del Mantenimiento de Tránsito.

Así, para el Colegiado, el control policial no depende exclusivamente de la esfera de control de hecho y derecho del Concesionario, dado que se trata del cumplimiento de obligación de un tercero, por lo cual el Concesionario no debería ser imputado por el incumplimiento del control policial. En virtud de ello, el

Tribunal Arbitral consideró que se encontraba frente a un eximente de responsabilidad.

En tercer lugar, conforme a lo evaluado por el Tribunal Arbitral, el Concesionario no se enteró de su incumplimiento hasta mucho tiempo después, por lo que el actuar del Regulador (i) no buscó el real cumplimiento de la obligación contractual, y (ii) no siguió un procedimiento razonable para aplicar las penalidades correspondientes.

En atención a lo señalado, el Tribunal Arbitral decidió reducir las penalidades aplicadas por OSITRAN en un setenta y cinco por ciento (75%), decisión que fue sustentada a través de las siguientes ideas:



[Elaboración propia]

De esta manera, el Tribunal Arbitral redujo las penalidades aplicadas por el Regulador en un 75%. Al respecto, se debe tener en consideración que el Colegiado ha motivado su decisión en un cálculo referido a los elementos que constituyen el concepto de Mantenimiento de Tránsito, el cual será materia de análisis en el problema jurídico posterior.

5.5. ¿En base al principio de motivación, el Tribunal Arbitral cumplió con sustentar las razones por las cuales disminuyó el porcentaje de penalidades aplicado por OSITRAN?

5.5.1. Principio de motivación en la doctrina peruana

El estándar de motivación en la doctrina peruana despliega efectos sumamente importantes en la emisión de los fallos arbitrales que decida el caso concreto. Al respecto, en el presente apartado se realizará un breve repaso respecto al desarrollo del principio de motivación de laudos arbitrales en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, el Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, “la Ley de Arbitraje”), no establece si existe un estándar y/o principio de motivación en la emisión de los Laudos al cual las partes se encuentren sujetas. Sin embargo, lo cierto es que para algunos autores la motivación del laudo debe ser concebida como un prerrequisito de la emisión de las decisiones arbitrales.

Al respecto, Cantuarias y Repetto (2015) señalan que, de no existir motivación en el laudo, existe una trasgresión a los términos acordados por ambas para la emisión de la decisión al término del proceso arbitral. De esta manera, los autores enfatizan que la emisión de una decisión sin motivación es contraria al pacto entre las partes. El presente trabajo de investigación coincide con la opinión de los autores en tanto, la emisión de un dictamen arbitral sin motivación convertiría al proceso arbitral en un procedimiento llevado a cabo sin razón.

Durante un proceso arbitral, las partes postulan sus pretensiones, junto a los argumentos que las respaldan, y los hechos que justifican la posición planteada frente a los árbitros. En virtud de ello, en virtud del despliegue argumentativo de las partes, los árbitros, antes de dilucidar, valoran los medios probatorios y

argumentos de las partes. Tras dicha evaluación, los árbitros desarrollan su posición y emiten el laudo arbitral correspondiente, justificando su decisión en sus argumentos, los cuales se deben encontrar debidamente motivados.

De esta manera, se puede advertir que uno de los puntos más relevantes a tomar en consideración al analizar una decisión arbitral es verificar que el Tribunal Arbitral emitido un laudo debidamente motivado. Ello en virtud de que un dictamen que no haya sido debidamente motivado no demostrará la conexión lógico-jurídica entre lo resuelto por el Tribunal Arbitral y los argumentos planteados por las partes durante el arbitraje. De ser así, las partes no verían satisfechas sus pretensiones, y, por ende, se generaría una pérdida del valor del acuerdo entre las partes, de someter la resolución de controversias a un proceso arbitral, el cual, por la falta de motivación, no genera un laudo arbitral que refleje de manera idónea la posición de cada una de las partes.

De esta manera, en aquellos casos en los cuales los árbitros no hayan justificado y/o desarrollado cuál es la trazabilidad de ideas que justifica su decisión contenida en el dictamen arbitral, nos encontraremos frente a un vicio de motivación. Ahora bien, conforme a lo señalado por Mario Reggiardo (2013), que los árbitros no expongan las razones que justifiquen su decisión no significa *per se* que nos encontremos frente a una vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación, sino que, por el contrario, nos encontramos frente a un incumplimiento del acuerdo de las partes, ante la inexistencia de motivación debida.

De esta manera, la falta de motivación en las decisiones arbitrales supone un incumplimiento del acuerdo de las partes, lo cual ya genera un vicio de motivación en el fallo arbitral emitido. En virtud de lo explicado, a continuación, se desarrollarán las razones por las cuales se considera que la decisión analizada en el presente caso ha sido debidamente motivado.

5.5.2. Principio de motivación en el caso en concreto

En primer lugar, como se detalló en el numeral previo, el Tribunal Arbitral desestimó las pretensiones principales del Concesionario, a través del cual solicitó que se deje sin efecto las penalidades aplicadas por OSITRAN. En virtud de ello, el Tribunal Arbitral continuó con el análisis de las pretensiones subordinadas del Metro.

Al respecto, el Tribunal Arbitral desarrolló el análisis en virtud de la solicitud del Metro de reducir las penalidades contractuales impuestas por OSITRAN, en virtud del artículo 1346° del Código Civil. Sobre el particular, conforme a lo expresado por el Colegiado, existen dos (02) supuestos de reducción de la cláusula penal, en razón de los siguientes: **(i)** cuando la penalidad sea manifiestamente excesiva, y **(ii)** cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

En virtud de lo explicado, el Tribunal Arbitral determinó que era posible ejercer sus facultades en aquellos casos en los que considerara que, a su criterio, existen situaciones que merecen atenuar la consecuencia patrimonial de su responsabilidad. En virtud de ello, el Colegiado consideró que, ante la existencia de elementos de juicio suficientes que demuestren que la penalidad es excesiva, puede determinarse la reducción de penalidad.

Conforme se explicó con anterioridad, resulta importante considerar que el Contrato de Concesión no es claro al definir cuáles son las actividades comprendidas en el marco de las obligaciones derivadas del Mantenimiento de Tránsito y Desvío de Tráfico. En virtud de ello, ante la falta de definición de los alcances de las obligaciones contractuales, durante el proceso arbitral, las partes consintieron que el Mantenimiento de Tránsito incluye tres (03) elementos: **(i)** implementación de señalización horizontal, **(ii)** implementación de señales verticales, y **(iii)** control policial. Por otro lado, respecto al desvío de tráfico, como su nombre lo indica, consiste en el desvío por rutas que eviten las zonas de obra para el transporte vehicular.

Ahora bien, en atención a ello, el Tribunal Arbitral realizó un análisis del cumplimiento de las obligaciones del Metro, respecto de cada uno de los elementos de la obligación de Mantenimiento de Tránsito, conforme al siguiente análisis.

En primer lugar, respecto a las señalizaciones verticales y horizontales, el Tribunal Arbitral valoró que existían más de diez (10) denuncias por hurto de señales verticales y horizontales. A partir de ello, el Colegiado concluye que el hurto ha generado un incumplimiento que no se origina por causa imputable al Concesionario, sino un hecho determinante de un tercero. Ahora bien, sin perjuicio de ello, debe aclararse que las denuncias no abarcan la totalidad de períodos de penalidades imputadas por OSITRAN, por lo que no dan lugar a dejar sin efecto las penalidades, pero sí a reducirlas.

En segundo lugar, respecto al control policial en la zona de la obra, el Tribunal Arbitral advierte que el Metro fue diligente al celebrar un Convenio de Cooperación con la Policía Nacional del Perú; sin embargo, ello, a criterio de los árbitros, traspasa la esfera de control de hecho y derecho del Concesionario. En virtud de dicha aclaración, el Tribunal Arbitral determinó que, al tratarse de hechos de un tercero, el Concesionario no podía ser imputado por el incumplimiento del control policial, pero, al tratarse de uno de los componentes del Plan de Desvío, las penalidades impuestas podían ser reducidas.

Conforme a lo expuesto, el Tribunal Arbitral verificó que existió un incumplimiento defectuoso de las obligaciones de Mantenimiento de Tránsito, motivo por el cual determinó que las penalidades debían ser reducidas en un 75%, según el detalle descrito a continuación:

Componente del Plan de Desvío			
Control policial	Señales horizontales	Señales verticales	Desvío de Tráfico
0% penalización	12.5% reducción (12.5% penalización)	12.5% reducción (12.5% penalización)	0% penalización

[Elaboración propia]

Así, atendiendo a un cálculo porcentual de las responsabilidades derivadas de cada una de las obligaciones, el Tribunal Arbitral redujo las penalidades aplicadas por OSITRAN en un 75%; al respecto, se debe tener en consideración que el Colegiado ha motivado su decisión en un cálculo referido a los elementos que constituyen el concepto de Mantenimiento de Tránsito.

Sobre el particular, cabe señalar que nos encontramos de acuerdo con la decisión motivada por el Tribunal Arbitral, en tanto ha motivado adecuadamente cuáles son las razones por las cuales ha calculado una reducción aritmética de las penalidades, ascendentes al 75% de la cuantía impuesta por OSITRAN.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

1. En el ordenamiento jurídico peruano, las penalidades son reguladas como cláusulas penales, cuya naturaleza es resarcitoria; en virtud de ello, ante el incumplimiento de una obligación contractual, se habilita el pago de prestaciones de carácter indemnizatorio a favor del acreedor de la obligación.
2. En el Contrato suscrito entre la Línea 2 y el MTC, OSITRAN se encuentra facultado a aplicar penalidades conforme a las facultades reconocidas por la normativa sectorial y lo dispuesto por el Contrato de Concesión; esta

facultad ha sido reconocida a nivel normativo, y también a través de lo establecido por la Cláusula 17.12 del Contrato.

3. OSITRAN cumple el rol de organismo regulador en el marco del presente Contrato de Concesión, y cuenta con facultades de fiscalización y sanción, previstas normativamente, como también de agente encargado de aplicar las penalidades en las que incurra el Concesionario, en el marco del presente contrato.
4. Las penalidades aplicadas en el marco del Contrato de Concesión analizado responden a una naturaleza contractual, cuya fuente y origen es el acuerdo entre las partes expresado en el Contrato. Ahora bien, aun cuando OSITRAN es el organismo regulador encargado de su aplicación, ello no varía la naturaleza contractual de las penalidades aplicadas al Concesionario.
5. En el marco de lo señalado, la vía de cuestionamiento de las penalidades aplicadas por OSITRAN en el marco de Contratos de Concesión es contractual. No debe interpretarse que nos encontramos ante la aplicación de sanciones pertenecientes a la vía administrativa, motivo por el cual su cuestionamiento no amerita el inicio de un procedimiento administrativo ante el Organismo Regulador.
6. Desde el aspecto procesal, consideramos que el Tribunal Arbitral cumplió con sustentar las razones por las cuales decidió reducir el porcentaje de penalidades aplicado por OSITRAN en un 75%, ante la existencia de un incumplimiento defectuoso de las obligaciones, con eximentes de responsabilidad. Siendo así, el Tribunal Arbitral cumplió con emitir el Laudo, en atención del principio de debida motivación.
7. Finalmente, como resultado del presente informe, se concluye que los criterios contractuales que deben ser considerados para la determinación de la naturaleza jurídico del procedimiento de aplicación de penalidades en contratos de concesión deben centrarse en los siguientes aspectos: **(i)** la

naturaleza jurídica de las penalidades aplicadas en el marco del Contrato de Concesión, distinta a la imputación de sanciones administrativas, **(ii)** el rol de OSITRAN como agente encargado de la aplicación de penalidades en el marco del Contrato de Concesión, y **(iii)** las vías de cuestionamiento (o “impugnación”) de las penalidades disponibles para el Concesionario en el marco del Contrato de Concesión.

VII. BIBLIOGRAFÍA

A. Doctrina:

Banco Interamericano de Desarrollo (2016). Asociaciones Público-Privadas en Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal.

Cantuarias, F., & Repetto, J. L. (2015). El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. *IUS ET VERITAS*, 24(51), 32-45. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15650>

Kemelmajer, A. (1981). La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal. Buenos aires: Depalma.

Kerf, M. (1998). Concessions for Infrastructure: A guide to their design and award. World Bank Technical Paper N° 399. Washington, D.C.: BID y Banco Mundial.

García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de administración pública*, número 41, pp. 99-130. Recuperado a partir de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2113075.pdf>

Maldonado, M. (2018). Organismos reguladores de los servicios públicos de red. Regulación jurídica y problemática. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Prast, J. (2016). La gobernanza de las alianzas público-privadas. Un análisis comparado de América Latina. Publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo.

Reggiardo, M. (2013). Derecho de defensa y defectos de motivación como causales de anulación de laudo. *Advocatus*, (029), 205-214. Recuperado a partir de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4248>

Tawil, G. (2009). Los principios en el contrato de concesión de servicios públicos. *Revista De Derecho Administrativo*, (8), pp. 307-313. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14003>

B. Normativa:

Decreto Legislativo No. 1362 – Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

Congreso de la República (2000). Ley No. 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

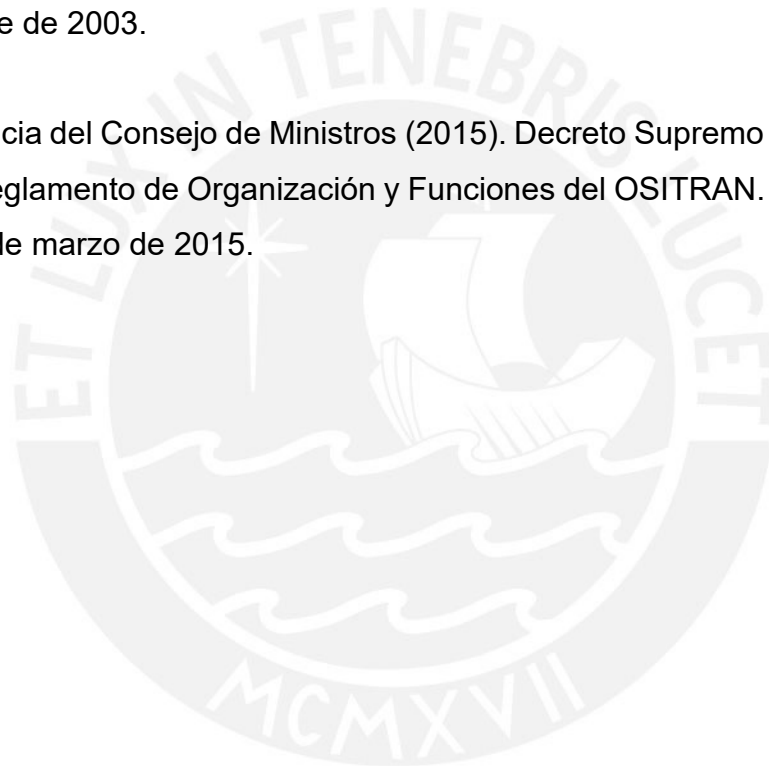
Congreso de la República (2001). Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). Decreto Supremo No. 004-2019-JUS. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN (2016). Resolución de Consejo Directivo No. 050-2016-CD-OSITRAN. Directiva para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN (2003). Resolución N° 023-2003-CD-OSITRAN. Reglamento de Infracciones y Sanciones. Lima: Editora Perú, 24 de diciembre de 2003.

Presidencia del Consejo de Ministros (2015). Decreto Supremo N° 012-2015-PCM. Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN. Lima: Editora Perú, 3 de marzo de 2015.



**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE**

2019 JUL 15 PM 2 27

Caso Arbitral N° 0072 – 2016 – CCL

RECIBIDO
TRIBUNAL DE
ARBITRAJE

Metro de Lima Línea 2 S.A.
vs.
Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Con intervención del:

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral:

Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez (Árbitro)
Lourdes Flores Nano (Árbitro)

Secretaría Arbitral:

Anna Paula Tamayo Rios

Lima, 15 de julio de 2019



INDICE

- I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y ABOGADOS
- II. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL
- III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA
- IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE
- V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES
- VI. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO
- VII. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO
- VIII. INCORPORACIÓN DE OSITRAN COMO TERCERO COADYUVANTE
- IX. ARGUMENTOS DEL TERCERO COADYUVANTE – OSITRAN
- X. CONTESTACIÓN A LA EXCEPCIÓN POR PARTE DE METRO
- XI. PUNTOS CONTROVERTIDOS
- XII. ACTUACIONES ARBITRALES
- XIII. CUESTIONES PREVIAS
- XIV. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA
- XV. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA
- XVI. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS PRETENSIONES SUBORDINADAS DE LA DEMANDA
- XVI. DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES
- XVII. PARTE RESOLUTIVA

GLOSARIO DE TÉRMINOS

	TÉRMINOS	ABREVIATURAS
1	Metro de Lima Línea 2 S.A.	METRO/Concesionario
2	Ministerio de Transportes y Comunicaciones	MTC
3	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público	OSITRAN
4	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.	EI CENTRO
5	Decreto Legislativo N° 1071.	LEY DE ARBITRAJE
6	Proyecto: "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambeta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.	PROYECTO
7	Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao".	CONTRATO
8	Municipalidad Metropolitana de Lima	MML
9	Gerencia de Transporte Urbano	GTU

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

RESOLUCIÓN N° 25

Lima, 15 de julio de 2019

Antes de desarrollar el presente Laudo, resulta necesario identificar que mediante Resolución N° 15 de 3 de enero de 2018, se emitió laudo.

Frente a dicha decisión, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "MTC") formuló anulación parcial.

La Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en sentencia de 7 de marzo de 2019 (en adelante, "sentencia"), anuló el laudo, única y exclusivamente porque, en su opinión, "lo que no ha hecho el Tribunal Arbitral es dar las razones que justifiquen el quantum de la reducción de la penalidad"¹. En efecto, los jueces fueron precisos al señalar que si bien se justificó la reducción de la penalidad (que no ha sido objeto de anulación), "lo que viene a ser cuestionado es que el Tribunal Arbitral no ha fundamentado el porcentaje de la reducción de penalidad impuesta"².

En atención a ello, el Tribunal Arbitral estima pertinente que la presente decisión esté orientada a subsanar aquello de lo que, a criterio de los señores magistrados, adolece el laudo del 3 de enero de 2018.

Adicionalmente a ello, es preciso señalar que en aquellos aspectos no conflictivos o, respecto de los cuales los señores magistrados no han manifestado algún tipo de vicio o incongruencia, este Tribunal Arbitral considera carente de objeto emitir mayor pronunciamiento y, por tanto, incorporará en la presente decisión solo los aspectos que estén directamente relacionados a lo que fue materia de pronunciamiento en el procedimiento de anulación de laudo, sin perjuicio de precisar algunos aspectos que pudieran resultar directamente necesario a ello.

En razón a ello, el presente Laudo incorpora todos los antecedentes consignados en el laudo emitido el 3 de enero de 2018, tal como queda verificado a continuación:

¹ Sentencia, considerando 9.1.

² Sentencia, considerando Undécimo.

VISTOS:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y ABOGADOS

1. Partes:

- En calidad de Demandante: Metro de Lima Línea 2 S.A.
- En calidad de Demandado: Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC.

2. Tercero Coadyuvante:

- En calidad de Tercero Coadyuvante: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN.

3. Representantes:

- De METRO: Sra. Carmen Deulofeu Palomas.³
- Del MTC: Sr. Alan Carlos Alarcón Canchari.⁴
- De OSITRAN: Yessenia Paola Fuentes Andrade.⁵

4. Abogados:

- De METRO: Dr. Carlos Núñez Caballero, Dr. Sandro Espinoza Quiñones, Dra. Cinthya Paola Jiménez Chávez, Dra. Alessandra Iannacone Remotti, Dr. Julio Gonzalez-Cordova Castro y Dr. Richie Garaycott Ortiz.⁶
- Del MTC: Dr. Alfonso Roberto Carbajal Sánchez.⁷
- De OSITRAN: Dra. Ruth Elena Yupanqui Torres, Dr. Cesar Augusto Sotomayor Teves, Sofia Emperatriz Alcalde Poma y Dr. Luis Leonardo Llanos Orzco.⁸

³ Según el Acta de Instalación.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Según el Acta de la Audiencia de excepciones y testigos.

⁶ Presentes en la Audiencia de Informes Orales de fecha 17 de octubre de 2017.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

II. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL

5. Surgidas las controversias entre las partes, METRO y el MTC designaron a sus respectivos árbitros. METRO nombró a Sergio Alberto Tafur Sánchez y el MTC a Lourdes Flores Nano, quienes a su vez se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en Fernando Cantuarias Salaverry.
6. El 3 de noviembre de 2016, según acuerdo entre las partes, se instaló el Tribunal Arbitral de manera presencial. En este acto se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del CENTRO.

III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

7. En la Cláusula Décimo Sexta del Contrato –referida a la solución de controversias– las partes acordaron lo siguiente:

“SECCIÓN XVI: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

[...]

16.13 Modalidades de procedimientos arbitrales:

[...]

ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Treinta Millones y 00/100 de Dólares (US\$ 30 000 000,00) o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento que se seguirá de conformidad con los Reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente. Las Partes podrán someter las controversias a las reglas o procedimientos de otra institución distinta a la Cámara de Comercio de Lima, para ello se requerirá acuerdo expreso que deberá constar por escrito. El lugar del arbitraje será la ciudad de Lima, capital de la República del Perú; el idioma oficial a utilizarse será el castellano; y la ley aplicable, la ley peruana.

8. Según los numerales 4 y 9 del Acta de Instalación que estableció las Reglas aplicables al arbitraje, el presente arbitraje es nacional, administrado y de derecho.
9. Asimismo, según el numeral 12 del Acta de Instalación que estableció las Reglas del Arbitraje, la ley aplicable al fondo de la controversia es la ley peruana.

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

10. Según lo establecido en el Acta de Instalación, este arbitraje se rige de acuerdo a las reglas de dicha Acta y a los Reglamentos del CENTRO.

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

11. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
12. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE, en el que se señala que:

“1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.”

VI. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

13. METRO interpuso su demanda a través del escrito presentado el 13 de diciembre de 2016.

Petitorio

Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 4 al 31 de agosto de 2015 y desde el 1 al 30 de setiembre de 2015.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

*Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano*

Segunda Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de noviembre de 2015.*

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.*

Tercera Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de octubre de 2015.*

Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.*

Cuarta Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 1 al 26 de diciembre de 2015.*

Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.*

Quinta Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, mediante los cuales la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 27 al 31 de diciembre de 2015, todo el mes de enero de 2016 y febrero 2016 (en relación al Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN) y por todo el mes de mayo de 2016 (Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN).*

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.*

Sexta Pretensión Principal: *Que se ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones pagar los costos y costas del presente arbitraje.*

Fundamentos de Hecho y de Derecho

Antecedentes de la Primera Pretensión Principal

14. El 24 de febrero de 2015, la MML a través de la Sub Gerencia de Ingeniería de Tránsito, emitió la Resolución N° 1423-2015-MML/GTU-SIT, mediante la cual autorizó a METRO para que interfiera, de manera excepcional, las vías descritas en la autorización, debido a la ejecución de obras del PROYECTO. La autorización estaba supeditada a la presentación de la opinión favorable de EMAPE y otros documentos.
15. Así, el 20 de abril de 2015 METRO remitió a la MML los Planos de Desvíos y los Planos de Señalización, de acuerdo con lo solicitado. Posteriormente, el 24 de abril de 2015, mediante la Carta ML2-CARTA-0413, METRO presentó la opinión favorable de EMAPE.
16. El 25 de mayo de 2015, METRO fue notificado con la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT, que modificó e incorporó de oficio nuevas obligaciones no previstas en la Primera Autorización.
17. Ante ello, METRO interpuso recurso de apelación contra la Segunda Autorización. En ese contexto, la Entidad competente decidió conservar el acto administrativo emitido mediante la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT, procediendo a su enmienda en cuanto corresponda.
18. El 12 de enero de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, mediante la cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN le interpuso una penalidad contractual de 116 UIT, por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento del Tránsito y Desvíos del Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO, producto de las evaluaciones practicadas por el Supervisor. Se imputaron los siguientes incumplimientos:

- Supuesto incumplimiento 1: Falta de colocación de la totalidad de señales verticales y horizontales en el área del Microdesvío correspondiente al PV-23.
 - Supuesto incumplimiento 2: Falta de implementación de todos los puntos de control en las intersecciones de las rutas que conforman el Plan de Desvíos.
 - Supuesto incumplimiento 3: Falta de implementación del desvío de tráfico, de acuerdo al plan de Desvíos aprobado por la MML.
19. El 22 de enero de 2016, METRO mediante Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0110, presentó ante OSITRAN una impugnación de naturaleza contractual respecto de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, señalando que no se había cumplido con el procedimiento para aplicar una penalidad, pues no se le había intimado en mora.
20. El 18 de febrero de 2016, OSITRAN mediante Oficio N° 053-16-GG-OSITRAN, declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por METRO.
21. El 26 de febrero de 2016, METRO presentó al MTC, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0368, la solicitud de Trato Directo N° 5 sobre la invalidez de la aplicación de las penalidades contractuales en la ejecución de la obligación contractual de Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvíos.
22. El 4 de marzo de 2016, METRO es notificado con el Oficio N° 0860-2016-MTC/25, por medio del cual el MTC se niega definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo.

Antecedentes de la Segunda Pretensión Principal

23. El 18 de enero de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO.
24. En esa oportunidad, se imputaron los siguientes incumplimientos correspondientes a los días del 1 al 30 de noviembre de 2015:
- Supuesto incumplimiento 1: Falta de colocación de la totalidad de señales verticales y horizontales en el área del micro desvío correspondiente al PV-23.

- Supuesto incumplimiento 2: Falta de implementación de todos los puntos de control en las intersecciones de las rutas que conforman el Plan de Desvíos.
 - Supuesto incumplimiento 3: Falta de implementación del desvío de tráfico, de acuerdo al plan de Desvíos aprobado por la MML.
25. El 29 de enero de 2016, METRO mediante Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0169, presentó ante OSITRAN una impugnación de naturaleza contractual respecto de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN.
26. El 26 de febrero de 2016, OSITRAN mediante Oficio N° 067-16-GG-OSITRAN, declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por METRO.
27. El 15 de marzo de 2016, METRO presentó al MTC, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0511, la solicitud de Trato Directo N° 8 sobre la invalidez de la aplicación de las penalidades contractuales en la ejecución de la obligación contractual de Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvíos.
28. El 6 de abril de 2016, METRO es notificado con el Oficio N° 1222-2016-MTC/25, por medio del cual el MTC se niega definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo.

Antecedentes de la Tercera Pretensión Principal

29. El 21 de enero de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 0027-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO.
30. En esa oportunidad, se imputaron los siguientes incumplimientos correspondientes a los días del 1 al 31 de octubre de 2015:
- Supuesto incumplimiento 1: Falta de colocación de la totalidad de señales verticales y horizontales en el área del micro desvío correspondiente al PV-23.
 - Supuesto incumplimiento 2: Falta de implementación de todos los puntos de control en las intersecciones de las rutas que conforman el Plan de Desvíos.
 - Supuesto incumplimiento 3: Falta de implementación del desvío de tráfico, de acuerdo al plan de Desvíos aprobado por la MML.
- 
- 

31. El 2 de febrero de 2016, METRO mediante Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0192, presentó ante OSITRAN una impugnación de naturaleza contractual respecto de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0027-2016-GSF-OSITRAN.
32. El 2 de marzo de 2016, OSITRAN mediante Oficio N° 074-16-GG-OSITRAN, declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por METRO.
33. El 15 de marzo de 2016, METRO presentó al MTC, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0512, la solicitud de Trato Directo N° 9 sobre la invalidez de la aplicación de las penalidades contractuales en la ejecución de la obligación contractual de Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvíos.
34. El 6 de abril de 2016, METRO es notificado con el Oficio N° 1221-2016-MTC/25, por medio del cual el MTC se niega definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo.

Antecedentes de la Cuarta Pretensión Principal

35. El 14 de marzo de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO.
36. En esa oportunidad se imputaron los siguientes incumplimientos correspondientes al periodo del 1 al 26 de diciembre de 2015:
 - Supuesto incumplimiento 1: Falta de colocación de la totalidad de señales verticales y horizontales en el área del micro desvío correspondiente al PV-23.
 - Supuesto incumplimiento 2: Falta de implementación de todos los puntos de control en las intersecciones de las rutas que conforman el Plan de Desvíos.
 - Supuesto incumplimiento 3: Falta de implementación del desvío de tráfico, de acuerdo al plan de Desvíos aprobado por la MML.
37. El 1 de abril de 2016, METRO mediante Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0637, presentó ante OSITRAN una impugnación de naturaleza contractual respecto de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN.
38. El 27 de abril de 2016, OSITRAN mediante Oficio N° 067-16-GG-OSITRAN, declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por METRO.

39. El 4 de mayo de 2016, METRO presentó al MTC, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0889, la solicitud de Trato Directo N° 10 sobre la invalidez de la aplicación de las penalidades contractuales en la ejecución de la obligación contractual de Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvíos.
40. El 26 de mayo de 2016, METRO es notificado con el Oficio N° 2002-2016-MTC/25, por medio del cual el MTC se niega definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo.

Antecedentes de la Quinta Pretensión Principal

41. El 24 de junio de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 291-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO durante el periodo del 27 al 31 de diciembre de 2015, del 1 al 31 de enero de 2016 y del 1 al 29 de febrero de 2016.
42. Posteriormente, el 27 de junio de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 295-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO durante el periodo del 1 al 31 de marzo de 2016.
43. Ese mismo día, METRO fue notificado con el Oficio N° 296-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO durante el periodo del 1 al 30 de abril de 2016.
44. Finalmente, el 5 de julio de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 311-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO durante el periodo del 1 al 31 de mayo de 2016
45. El 11 de julio de 2016, METRO mediante Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-1388, presentó ante OSITRAN una impugnación de naturaleza contractual respecto de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN.

*Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano*

46. El 3 de agosto de 2016, OSITRAN mediante Oficio N° 243-16-GG-OSITRAN, declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por el METRO.
47. El 9 de agosto de 2016, METRO presentó al MTC, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-1578, la solicitud de Trato Directo N° 13 sobre la invalidez de la aplicación de las penalidades contractuales en la ejecución de la obligación contractual de Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvíos.
48. El 9 de setiembre de 2016, METRO es notificado con el Oficio N° 3542-2016-MTC/25, por medio del cual el MTC se niega definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo.

La Naturaleza civil de las penalidades

49. METRO sostiene que de acuerdo con la cláusula 17.12 del CONTRATO y el artículo 3 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN, las penalidades tienen naturaleza civil.
50. Alega que debe diferenciarse una multa administrativa de una penalidad contractual.
51. METRO señala que el régimen de penalidades tiene un origen contractual o consensuado entre las partes de un contrato. Si bien reconoce que es una figura reconocida legalmente, su inclusión en el contrato dependerá solamente de la voluntad de las partes. Hecho que difiere con la potestad sancionadora que depende únicamente de la ley.
52. Según METRO, otra diferencia radica en que las penalidades tienen como finalidad determinar anticipadamente la cuantificación de la indemnización que pudiera corresponder ante el daño generado por el incumplimiento del CONTRATO. Mientras que, el régimen sancionador tiene como función castigar a los particulares por la comisión de una conducta repudiada por el ordenamiento.
53. Adicionalmente, señala que el procedimiento para la aplicación de las penalidades se puede establecer en el contrato, pero en el caso de las multas solamente se puede seguir el procedimiento estipulado en la ley.
54. Finalmente, señala que dada su naturaleza contractual y civil, las penalidades son arbitrables. Inclusive, alega que OSITRAN en ciertos casos ha aceptado expresamente la naturaleza civil de las penalidades contractuales.

55. En ese contexto, METRO cita el caso de la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., el caso de la Concesionaria Vial del Sol S.A. y el caso de Transportadora Callao S.A., en los que OSITRAN ha reconocido de manera expresa que las penalidades de los contratos de concesión tienen origen civil y contractual. Por lo tanto, son arbitrables.

Fundamentos de derecho

56. METRO fundamenta su demanda en los siguientes 2 argumentos: i) El indebido procedimiento para la aplicación de las penalidades; y, ii) Una errónea fiscalización sobre la base de un Plan de Desvíos no actualizado en relación a los Microdesvíos pertenecientes al Plan de Desvíos y el desconocimiento por parte de OSITRAN de la naturaleza dinámica y referencial de los Microdesvíos que forman parte del Plan de Desvíos.

Sobre el indebido procedimiento para la aplicación de penalidades

57. Al respecto, METRO señala que la penalidad por el incumplimiento en el Mantenimiento del Tránsito y Desvíos del Tráfico prevista en el Anexo N° 10 del CONTRATO tiene un criterio diario, pues por cada día de incumplimiento se penalizará con 2 UIT.

58. A fin de sustentar su posición, METRO alega que la sub-cláusula 17.13 del CONTRATO establece que "el regulador comunicará al Concedente y el Concesionario del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación así como los plazos correspondientes". En virtud a ello, sostiene que debe haber una comunicación oportuna del incumplimiento, pues de no imputarse el incumplimiento, el Concedente no puede imponer una penalidad por dicho incumplimiento.

59. Adicionalmente, sostiene que la referida comunicación supone una intimación o constitución en mora. Lo cual, es un requisito contractualmente previsto para el inicio del devengo de penalidades. Agrega que la comunicación es el mínimo requisito para OSTRAN, pues le permite al Concesionario corregir su situación de incumplimiento y evitar mayores consecuencias.

60. En virtud a lo señalado, METRO afirma que OSITRAN le impuso penalidades sin intimarlo ni constituirlo previamente en mora y sin darle posibilidad de cumplir con lo dispuesto en la cláusula 15.31 del CONTRATO, vulnerando su derecho de subsanar la supuesta situación de incumplimiento.

61. Asimismo, METRO advierte que OSITRAN niega que deba intimarlo en mora a pesar de encontrarse frente a una penalidad contractual de naturaleza civil. Dada dicha naturaleza, METRO sostiene que resulta aplicable el artículo 1333 del Código

*Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano*

Civil que establece que “incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”.

62. METRO alega, citando a Rene Ramos y a Jorge Peirano, que es necesaria la interpelación en mora para que procesa la aplicación de una penalidad en aquellos casos en donde no se ha excluido expresamente. Por lo tanto, afirma que no es posible sostener que OSITRAN puede aplicar penalidades sin advertir previamente el incumplimiento.
63. Así, METRO sostiene que OSITRAN, sin previo aviso, le ha interpuesto penalidades agrupadas bajo un criterio mensual por el incumplimiento de obligaciones; sin embargo, debido a que la penalidad era diaria, OSITRAN debió notificar el incumplimiento diario a fin que el Concesionario procesa a subsanar el incumplimiento. Inclusive, alega que OSITRAN lo notificó hasta 5 meses después del incumplimiento y agrupando periodos hasta por 60 días.
64. Por lo tanto, METRO concluye que se ha vulnerado el procedimiento para imponer una penalidad, al no haber sido constituido en mora en ningún momento y por ende, no haber sido advertido el supuesto incumplimiento, colocándolo en un estado de indefensión probatoria.

Sobre la errónea fiscalización de OSITRAN

65. METRO argumenta su posición sobre la base de tres puntos: i) fiscalizar sobre la base de un Plan de Desvíos no Actualizado; ii) no tomar en consideración el hecho determinante de un tercero como causa de exoneración de responsabilidad, específicamente los hurtos que se produjeron respecto a la señalización vertical y horizontal; y, iii) no tomar en consideración el hecho determinante de un tercero como causa de exoneración de responsabilidad en lo referido al control policial.
-

Fiscalizar sobre la base de un Plan de Desvíos desactualizado

66. Al respecto, METRO sostiene que el Regulador aplicó las penalidades tomando en consideración informes elaborados por el Supervisor, pero sin considerar que dichos informes estaban referidos a un periodo de evaluación en el cual ya se encontraban vigentes nuevos planos del Microdesvío.
67. METRO alega que la fiscalización se llevó a cabo tomando como referencia los Microdesvíos contenidos en el EDI; sin embargo, estos habían sido modificados. Así, el 27 de marzo de 2015 se presentó el EDI, que contenía el Plan de Desvíos compuesto a su vez por Macrodesvíos y Microdesvíos.
68. Sobre el particular, METRO sostiene que los Microdesvíos tienen una naturaleza referencial y dinámica. En ese sentido, la señalización vertical y horizontal ha sido

ajustada y actualizada durante la implementación del Plan en coordinación con la Gerencia de Transporte Urbano de la MML y AATE.

69. METRO alega que el Supervisor estaba al tanto de la modificación y que además, existía un procedimiento de comunicación de actualizaciones de los planos de Microdesvíos. Hecho que era de pleno conocimiento de OSITRAN.
70. METRO señala que el dinamismo de los Microdesvíos fue informado a AATE y al Supervisor en la reunión del 28 de agosto de 2015, como consta en el Acta N° CJV.ARP-00007-15.
71. Mediante el Informe N° 017-16-GAJ-OSITRAN, OSITRAN señala que para modificar el Plan de Desvíos es necesario modificar el EDI. Al respecto, METRO alega que ha sido penalizado de manera errónea sobre la base de documentos desactualizados, pues es evidente que si OSITRAN los inspeccionaba con el Plan de Desvíos del EDI, se iba a encontrar con una realidad distinta.
72. Adicionalmente, METRO sostiene que la única competente para actualizar y modificar el Plan de Desvíos es la GTU de la MML. Ello ha sido ratificado por la propia AATE en la Resolución Directoral N° 042-2016-MTC/33.1.
73. Por lo tanto, METRO considera que la penalización de OSITRAN deja de lado la naturaleza dinámica y referencial de los Microdesvíos y no ha existido ningún incumplimiento por su parte, pues se ha cumplido con actualizar los Planes de Desvío.


Sobre los Hurtos como causa de exoneración de responsabilidad

74. Al respecto, METRO alega que OSITRAN no ha considerado evaluar la imputabilidad en relación a la falta de disponibilidad de señales horizontales y verticales, pues no toma en cuenta los hurtos reiterados que se han producido, a pesar de las medidas de seguridad adoptadas.
75. METRO señala que de manera constante denunciaba los hurtos ante la Policía Nacional del Perú; por lo que se encontraría en el supuesto de un hecho determinante de un tercero que fractura el nexo causal. Hecho que lo exime de responsabilidad.
76. A efectos de argumentar su posición, METRO acude a lo regulado en el artículo 1343 del Código Civil, que señala que solo puede ejecutarse la penalidad si el incumplimiento obedece a una causa imputable al deudor. Hecho que no se ha producido en este caso debido al hurto de las señales verticales y horizontales.

Sobre el control policial

77. METRO señala que OSITRAN lo ha penalizado por no implementar el control policial en la zona de la obra. Al respecto, sostiene que el artículo 51 de la Ordenanza N° 1680-MML establece que se le exonerará de responsabilidad en la implementación policial, en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Lo cual, se debe contrastar con el artículo 1317 del Código Civil que sigue la misma línea.
78. Adicionalmente, METRO sostiene que actuó de manera diligente pues suscribió un convenio con la Policía a fin de que pueda brindar el apoyo correspondiente. Por lo tanto, al amparo del artículo 1314 del Código Civil, no sería imputable por la inejecución de dicha obligación.
79. Finalmente, alega que de acuerdo con la Cuarta Disposición Complementaria Final del D.S. N° 069-2013-EF, la presencia policial está condicionada a la asignación de los efectivos en otras zonas distintas al PROYECTO, así como a la disponibilidad de efectivos. Por lo tanto, se encuentran ante un hecho determinante de un tercero que fractura el nexo causal, lo que exime de responsabilidad.

Sobre la pretensión subordinada

80. Al respecto, METRO se ampara en lo establecido en el artículo 1346 del Código Civil que establece que se puede reducir la pena contenida en la cláusula penal, cuando esta es manifiestamente excesiva o cuando el obligado ha cumplido con parte de la prestación a su cargo.
81. En los incumplimientos imputados a METRO no se ha señalado si hubo o un incumplimiento total o sustancial. Sobre este punto, METRO alega que el Mantenimiento del Tránsito se ha producido de manera constante todo este tiempo.
82. Adicionalmente, sostiene que se deben tomar en cuenta 4 situaciones: i) el indebido procedimiento para aplicar las penalidades; ii) fiscalizar en base a un Plan de Desvíos desactualizado; iii) No tomar en consideración los hechos determinantes de un tercero, específicamente los hurtos de las señales verticales y horizontales; y, iv) No tomar en consideración el hecho determinante de un tercero en el control policial.
83. Agrega que, en el supuesto negado que se haya producido un incumplimiento, este representa un porcentaje menor al de dichas obligaciones contenidas en el Plan de Desvíos, pues el Control Policial depende de la disponibilidad de la institución y la señalización vertical y horizontal representan un porcentaje mejor de la obligación incumplida. Por lo tanto, en virtud al artículo 1346 del Código Civil, el Tribunal Arbitral debería reducir las penalidades impuestas.
- 

VII. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

84. El 10 de febrero de 2017, el MTC presentó su contestación de demanda y planteó una excepción de incompetencia.

Fundamentos de Hecho y de Derecho

Sobre la improcedencia de la demanda (excepción de incompetencia)

85. El MTC señala que es imposible arbitrar las penalidades impuestas por OSITRAN pues no es cierto que las penalidades tengan naturaleza civil y contractual debido a que las mismas se materializan a través de actos administrativos que producen efectos contractuales. Por ello, al encontramos frente a una materia no disponible, la controversia no es arbitrable.
86. Por otro lado, alega que en la cláusula 17.14 del CONTRATO se establece que las penalidades se podrán impugnar ante OSITRAN y el pronunciamiento que resuelve la impugnación “tendrá carácter de definitivo y no estará sujeto a reclamación alguna por el concesionario”. El MTC sostiene que se ha excluido la posibilidad de cuestionar el pronunciamiento de OSITRAN; por lo que METRO debe respetar el CONTRATO.
87. El MTC afirma que su interpretación ha sido reconocida en el Caso Arbitral N° 2979-2014-CCL (APM Terminals S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones), pues en el laudo se afirma que las partes se han apartado de la sección de resolución de controversias establecida en el contrato. El tribunal arbitral de ese caso concluyó que las partes han establecido un procedimiento distinto para resolver las controversias relacionadas con la aplicación de las penalidades; por lo que es imposible incluir la controversia en el convenio arbitral.
88. El MTC alega que el referido caso resulta aplicable, pues las cláusulas de penalidades previstas en ambos contratos de concesión establecen las mismas regulaciones; por lo tanto, las controversias entorno a las penalidades deben quedar excluidas de los mecanismos de solución de controversias previstos en el CONTRATO.
89. El MTC señala que el acto administrativo que se emite para penalizar a METRO se emite para dar cumplimiento al mecanismo de penalidades pactado por las partes en el CONTRATO y es dicho instrumento contractual el que le da contenido al acto administrativo.

90. Además, agrega que en el mecanismo de solución de controversias contemplado en el CONTRATO, las partes han excluido expresamente lo resuelto por OSITRAN respecto a la impugnación de penalidades. En primer lugar, porque dicha impugnación constituye el único mecanismo contractualmente previsto. Pero, adicionalmente, la decisión que emite OSITRAN constituye un acto que se emite en el ejercicio de una función de supervisión. Por lo tanto, se debe declarar improcedente la demanda en tanto cuestiona actos administrativos en los que OSITRAN resolvió las impugnaciones por la aplicación de penalidades.
91. Finalmente, el MTC sostiene que el propio METRO ha reconocido la naturaleza administrativa de la penalidad, pues presentó una impugnación ante la Gerencia General de OSITRAN y recién decidió iniciar el mecanismo de solución de controversias pactado en el CONTRATO cuando le rechazaron la impugnación.

Contestación a los argumentos de fondo

92. Al respecto, el MTC señala que, a partir de la toma de posesión de un área determinada del PROYECTO, se desprenden una serie de obligaciones para el Concesionario. Entre ellas, METRO es responsable de la elaboración, tramitación, gestión y cumplimiento del Plan de Desvíos.
93. En relación con las penalidades contractuales, el MTC sostiene que los artículos 17.12 y 17.13, leídos de manera conjunta con la tabla N° 2 del Anexo 10 del CONTRATO, permite que OSITRAN establezca penalidades contractuales por el incumplimiento en el Mantenimiento del Tránsito y Desvío del Tráfico.

Sobre la intimación en mora para la aplicación de la penalidad

94. Con respecto a lo señalado por METRO sobre la intimación en mora, el MTC señala que el procedimiento establecido para la aplicación de penalidades es el regulado en las cláusulas 17.12 a la 17.16 del CONTRATO. Dicha regulación establece que OSITRAN primero determine y verifique el incumplimiento de una obligación y luego calcule el monto de la penalidad sobre la base de lo dispuesto en el CONTRATO.
95. El MTC específicamente sostiene que de la cláusula 17.3 del CONTRATO, se desprende que la voluntad de las partes fue pactar que, frente a la imputación y verificación del incumplimiento, procede la aplicación de penalidades, sin necesidad de intimación en mora previa. La única exigencia establecida para OSITRAN es acreditar el incumplimiento imputado, como se ha producido en el presente caso con los informes del Supervisor.
96. Adicionalmente, el MTC alega que en virtud al artículo 1333 del Código Civil, no es necesario intimar en mora cuando la ley o el pacto lo establezcan, tal como ha

ocurrido en el CONTRATO, pues las partes regularon que la aplicación de las penalidades era inmediata en caso de evidenciarse algún incumplimiento contractual.

97. En ese contexto, la cláusula 6.74 del CONTRATO establece que METRO es responsable del Plan de Desvíos y la cláusula 17.14 dispone que en caso OSITRAN verifique el incumplimiento de obligaciones contractuales, aplicará las penalidades contenidas en el Anexo N° 10 del CONTRATO. Además, señala que la subsanación del incumplimiento es independiente de la aplicación de las penalidades. Por lo tanto, concluye que OSITRAN ha seguido estrictamente el procedimiento contractual establecido en el CONTRATO, con lo que queda desvirtuada la alegación de METRO.

Sobre el supuesto de hecho materia de la penalidad

98. El MTC señala que el Plan de Desvíos tiene como objetivo minimizar las afectaciones al tránsito como consecuencia de la obra. En ese contexto, el 22 de diciembre de 2012, METRO presentó a la MML el Plan de Desvíos correspondiente a la Etapa 1A. Dicho plan, contemplaba los trabajos de señalización vertical y horizontal, así como la presencia policial en las intersecciones críticas de las rutas que forman parte del plan.
99. Al respecto, el MTC sostiene que el Mantenimiento del Tránsito incluye tres elementos: i) implementación de señalización horizontal; ii) implementación de señales verticales; y, iii) control policial. Por su parte, el desvío de tránsito está compuesto por las rutas que evitan las zonas de obra. Ello se condice con lo establecido en las resoluciones aprobadas por la MML.

Sobre la aplicación de las penalidades

100. Sobre la primera pretensión, el MTC señala que el Supervisor emitió informes correspondientes a los días 4 de agosto al 30 de setiembre de 2015 que acreditan el incumplimiento durante 58 días del Plan de Desvíos del PV-23.
101. En ese contexto, OSITRAN mediante el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, interpuso la penalidad de 116 UIT a METRO por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 6.74 del CONTRATO. Posteriormente, mediante Oficio N° 053-16-GG-OSITRAN se resolvió la impugnación planteada por METRO, confirmando la penalidad.
102. En relación con la segunda pretensión, el MTC sostiene que el Supervisor emitió informes correspondientes a los días del 1 al 30 de noviembre de 2015 que acreditan el incumplimiento durante 30 días del Plan de Desvíos del PV-23.

103. Así, OSITRAN mediante el Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN, interpuso la penalidad de 60 UIT a METRO por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 6.74 del CONTRATO. Posteriormente, mediante Oficio N° 067-16-GG-OSITRAN se resolvió la impugnación planteada por METRO, confirmando la penalidad.
104. Sobre la tercera pretensión, el MTC alega que el Supervisor emitió informes correspondientes a los días del 1 al 31 de octubre de 2015 que acreditan el incumplimiento durante 31 días del Plan de Desvíos del PV-23.
105. En ese contexto, OSITRAN mediante el Oficio N° 0027-2016-GSF-OSITRAN, interpuso la penalidad de 62 UIT a METRO por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 6.74 del CONTRATO. Posteriormente, mediante Oficio N° 074-16-GG-OSITRAN se resolvió la impugnación planteada por METRO, confirmando la penalidad.
106. Con respecto de la cuarta pretensión, el MTC sostiene que el Supervisor emitió informes correspondientes a los días del 1 al 26 de diciembre de 2015 que acreditan el incumplimiento durante 26 días del Plan de Desvíos del PV-23.
107. Por ello, OSITRAN mediante el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, interpuso la penalidad de 52 UIT a METRO por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 6.74 del CONTRATO. Posteriormente, mediante Oficio N° 146-16-GG-OSITRAN se resolvió la impugnación planteada por METRO, confirmando la penalidad.
108. En relación a la quinta pretensión, el MTC sostiene que el Supervisor emitió informes correspondientes a los días del 26 al 31 de diciembre de 2015 y del 01 de enero al 31 mayo de 2016 que acreditan el incumplimiento durante 157 días del Plan de Desvíos del PV-23.
109. En ese contexto, OSITRAN mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, interpuso penalidades por 314 UIT a METRO, por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 6.74 del CONTRATO.

Sobre la naturaleza dinámica y referencial del Plan de Desvíos

110. Al respecto, el MTC señala que para la modificación del Plan de Desvíos, METRO debe solicitar formalmente su modificación a la MML. Sin embargo, a la fecha, METRO no ha presentado ningún documento que acredite la existencia de un pronunciamiento de la MML al respecto.
111. El MTC alega que OSITRAN ha fiscalizado el cumplimiento del CONTRATO sobre la base de lo aprobado por la MML en las Resoluciones de Sub Gerencia N° 1423-2015-MML/GTU-SIT y N° 4045-2015-MML/GTU-SIT. Por lo tanto, al no haber sido

modificadas, la imposición de las penalidades es correcta y queda desvirtuado el argumento de METRO.

Sobre la aplicación diaria de las penalidades

112. Sobre el particular, el MTC sostiene que OSITRAN ha actuado en estricto cumplimiento del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN. En virtud al artículo 15 del referido Reglamento, OSITRAN ha efectuado una verificación de manera continua y ha emitido informes periódicos.
113. El MTC afirma que METRO si tenía conocimiento de la supervisión y fiscalización permanente del cumplimiento del CONTRATO pues, mediante el Oficio N° 2028-2015-GSF-OSITRAN, se detectó el incumplimiento del Plan de Desvío del PV-23 desde el 30 de junio hasta el 3 de julio y del 6 de julio al 3 de agosto de 2015. Al conocer ese hecho, el MTC sostiene que METRO pudo haber rectificado su actuar desde dicha fecha y cumplir con sus obligaciones.
114. Por lo tanto, lo señalado por METRO en cuanto a la aplicación diaria de las penalidades, debe quedar desvirtuado, pues el Supervisor ha actuado en estricto cumplimiento a la normativa vigente.

Sobre los hurtos de la señalización

115. Al respecto, el MTC afirma que la aplicación de las penalidades está sustentada en los informes preparados por el Supervisor y que METRO no ha podido acreditar de manera fehaciente el robo de las señales. Adicionalmente, en los informes que resolvieron la impugnación planteada por METRO ante la aplicación de las penalidades, se concluyó que el hurto no desvirtúa el incumplimiento a la implementación de la señalética.

Sobre las pretensiones subordinadas

116. El MTC señala que la obligación está referida tanto al Desvío de Tráfico como al Mantenimiento del Tránsito, que incluye trabajos de señalización horizontal y vertical, y la presencia policial. Agrega que, el Supervisor ha acreditado el incumplimiento de dicha obligación desde el 4 de agosto de 2015 al 31 de mayo de 2016; por lo que, correspondía aplicar una penalidad diaria de 2 UIT de acuerdo con lo establecido en el CONTRATO.
117. Asimismo, sostiene que OSITRAN no está facultado para aplicar una penalidad que represente una porción o porcentaje de las 2 UIT, puesto que ello implicaría una modificación del CONTRATO.

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

118. En la misma línea, argumenta que el Tribunal Arbitral tampoco podría reducir la penalidad, debido a que ello implicaría una modificación contractual. Hecho que solo se podría producir por el común acuerdo de las partes intervinientes en el CONTRATO.
119. El MTC alega que en todos los casos que se impuso una penalidad, METRO ha incumplido los cuatro componentes que forman el Plan de Desvíos, lo que debilitaría la solicitud de METRO. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral debería rechazar el pedido formulado en la demanda.
120. El MTC afirma que el artículo 1346 del Código Civil no es aplicable en el presente caso, puesto que sería contradictorio con lo regulado en el CONTRATO. En ese sentido, la penalidad a imponerse a METRO por el incumplimiento del Plan de Desvío es de 2 UIT diarias.
121. Finalmente, el MTC considera que no basta que METRO alegue cumplir con uno de los componentes del Plan de Desvíos para eximirse de la ejecución de la penalidad pactada en el CONTRATO. Por lo expuesto, se debe desestimar la pretensión subordinada.

VIII. INCORPORACIÓN DE OSITRAN COMO TERCERO COADYUVANTE

122. OSITRAN solicitó, por medio del escrito del 2 de febrero de 2017, intervenir en el arbitraje como tercer coadyuvante del MTC. Ello, al amparo de lo establecido en la Ley N° 26917, Ley del OSITRAN y el Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.
123. Por su parte, el MTC, en su escrito de contestación de demanda, solicitó que se incorpore a OSITRAN al arbitraje pues dicho organismo había aplicado las penalidades contractuales materia de la controversia.
124. En tanto, METRO mediante el escrito del 16 de febrero de 2017 se opuso a la solicitud de OSITRAN debido a que su participación en el arbitraje era contraria a la misión de la referida Entidad y no se vería afectado funcional ni económicamente por el laudo que emita el Tribunal Arbitral.
125. El Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 4, mediante la que admitió a OSITRAN como tercer coadyuvante del MTC.

IX. ARGUMENTOS DEL TERCERO COADYUVANTE – OSITRAN

126. El 5 de marzo de 2017, OSITRAN presentó un escrito con sus argumentos en calidad de tercero coadyuvante del MTC.

Sobre la arbitrabilidad de las penalidades

127. OSITRAN sostiene que las penalidades que le impuso a METRO no son de naturaleza civil como se afirma en la demanda. Por el contrario, afirma que si se toma en cuenta que OSITRAN fue quien las impuso, estas no tienen naturaleza civil porque no han sido interpuestas por una parte del CONTRATO.

128. En la misma línea, OSITRAN señala que las penalidades han sido interpuestas en el marco de su potestad sancionadora que se regula por sus propias normas. Alega que si las penalidades fueran contractuales, las debió haber puesto el MTC.

129. OSITRAN afirma que las penalidades no han sido impuestas de forma arbitraria, pues se han sujetado a un debido procedimiento que se originó luego de que METRO absolvió las observaciones que se le plantearon.

130. OSITRAN argumenta que de acuerdo con la cláusula 17.14 del CONTRATO, el concesionario podrá impugnar la aplicación de penalidades y el pronunciamiento respecto a la impugnación tendrá carácter definitivo y no estará sujeto a reclamación alguna por parte de METRO.

131. Por otro lado, OSITRAN sostiene que la vía para cuestionar la imposición de penalidades por parte de OSITRAN es la impugnación, que se produce en el ámbito administrativo. Una vez resuelta la impugnación, de acuerdo con el CONTRATO, no cabe reclamo alguno. Por lo tanto, OSITRAN concluye que el camino a seguir es el proceso contencioso administrativo, en caso METRO no estuviera de acuerdo con lo resuelto por OSITRAN.

132. Además, OSITRAN señala que solamente mediante el proceso contencioso administrativo se pueden cuestionar las actuaciones de la administración pública a fin de que un juez revise lo resuelto por la administración. Ello, teniendo en cuenta que la imposición de la penalidad constituye un acto administrativo de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

133. Por lo tanto, OSITRAN señala que la materia del Arbitraje no es susceptible de ser resuelta en esta vía; por lo que se debería declarar improcedente la demanda.

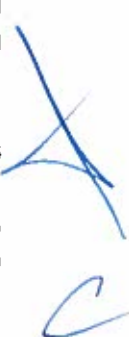
Sobre la intimación en mora para la aplicación de penalidades

134. Al respecto, OSITRAN señala que según las cláusulas 17.12 a la 17.17 del CONTRATO, se encuentra facultado para aplicar las penalidades establecidas en el CONTRATO en caso de un incumplimiento de las obligaciones del Concesionario sin necesidad de intimarlo en mora.
135. Además, OSITRAN argumenta que la intimación en mora se produce en el ámbito estrictamente civil; sin embargo, la aplicación de penalidades se produce en el ámbito administrativo.
136. OSITRAN afirma que la intimación en mora busca i) otorgar un plazo adicional para el cumplimiento de la prestación; y, ii) dar origen a los intereses moratorios. Ninguno de los objetivos se relacionan con la aplicación de penalidades del presente caso.
137. OSITRAN alega que el CONTRATO no exige la constitución en mora porque estamos ante la verificación de un supuesto de hecho que va a generar un acto que tiene como único fin imponer una penalidad.
138. Por otro lado, OSITRAN sostiene que METRO no ha desvirtuado la responsabilidad por el incumplimiento del Mantenimiento de Tránsito y el Desvío de Tráfico. Por lo tanto, considera que debe desestimarse la demanda en todos sus extremos.

X. CONTESTACIÓN A LA EXCEPCIÓN POR PARTE DE METRO

139. METRO contestó la excepción de incompetencia propuesto por el MTC, por medio del escrito presentado el 3 de marzo de 2016.

Sobre la excepción de incompetencia

140. METRO señala que la posición del MTC carece de sustento puesto que no pueden cuestionar las penalidades en ninguna sede jurisdiccional. Con ello, sostiene la labor de OSITRAN sería la de juez y parte.
141. METRO alega que la interpretación planteada por el MTC es inconstitucional, pues el derecho de acción es irrenunciable y el pacto de las partes no puede limitarlo. Asimismo, sostiene que lo resuelto en el caso APM Terminal vs. MTC no es vinculante para el Tribunal Arbitral, puesto que en el Arbitraje no existe el término jurisdicción, que obligaría a tomar en cuenta lo resuelto por otro tribunal arbitral.
- 

*Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano*

142. METRO argumenta que el Tribunal Arbitral debe interpretar la cláusula 17.14 del CONTRATO conforme con la Constitución y debe declararse competente para resolver la controversia.

Sobre la arbitrabilidad de la controversia

143. Al respecto, METRO señala que las penalidades tienen una naturaleza contractual; por lo que resultan arbitrables. A fin de sustentar su posición, cita el Laudo del Caso Arbitral N° 3169-2015-CCL (Obrainsa Concesión Valle del Zaña S.A. vs. MTC), que declaró infundada la excepción de incompetencia presentada con los mismos argumentos que en este caso.
144. METRO reafirma su posición respecto a que las penalidades aplicadas por OSITRAN son penalidades contractuales de naturaleza civil pues la facultad otorgada a OSITRAN surge del CONTRATO y no por mandato de la ley. Por lo expuesto, se debe declarar infundada la excepción de incompetencia.

XI. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

145. Mediante el Acta de la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral del 20 de abril de 2017, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los puntos controvertidos materia de la presente controversia:

Respecto de la excepción de incompetencia deducida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Tribunal Arbitral dispone reservar el pronunciamiento sobre ella para una Resolución posterior, pudiendo incluso pronunciarse sobre estos aspectos junto con las cuestiones relativas al fondo de la controversia.

Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 4 al 31 de agosto de 2015 y desde el 1 al 30 de setiembre de 2015.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de noviembre de 2015.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.*

Tercera Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de octubre de 2015.*

Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.*

Cuarta Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 1 al 26 de diciembre de 2015.*

Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.*

Quinta Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, mediante los cuales la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 27 al 31 de diciembre de 2015, todo el mes de enero de 2016 y febrero 2016 (en relación al Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN) y por todo el mes de mayo de 2016 (Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN).*

Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la reducción de las penalidades interpuestas mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, por ser*

manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

En el laudo, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse acerca de las costas y costos de este arbitraje y su eventual condena entre las partes.

146. Asimismo, el Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará son referenciales y que están dirigidos a una lectura más simple, y que por ello el Tribunal Arbitral está facultado a omitir, ajustar o interpretar dichas cuestiones a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere invalidez de ningún tipo.
147. A su vez, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho a modificar, con conocimiento de las partes, los puntos controvertidos que serán materia de pronunciamiento a raíz de hechos nuevos. De presentarse tal situación, se concederá a las partes un plazo razonable para ajustar sus posiciones a cualquier cambio que sea necesario, con el propósito de garantizar un pleno y adecuado derecho de defensa.
148. Mediante este mismo acto, el Tribunal Arbitral admitió todas las pruebas presentadas por las partes. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otra prueba que considere conveniente, al amparo de lo establecido en el artículo 43º del Reglamento de Arbitraje del CENTRO.

XII. ACTUACIONES ARBITRALES

149. El 20 de abril de 2017, se realizó – con la presencia de las partes – la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral.
150. El 18 de mayo de 2017, se realizó – con la presencia de las partes – la Audiencia de sustentación de Excepciones y declaración de Testigos.
151. El 26 de junio de 2017, se realizó – con la presencia de las partes – la Audiencia Especial.
152. El 8 de setiembre de 2017, el MTC presentó sus alegatos finales. Por su parte, el 11 de setiembre de 2017, OSITRAN y METRO hicieron lo propio.
153. El 17 de octubre de 2017, se realizó – con la presencia de las partes – la Audiencia de Informes Orales.

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

154. A instancia del Tribunal Arbitral, las partes presentaron prueba documental adicional, la misma que fue puesta en conocimiento recíproco de las partes, a efectos de que se pronunciaran.
155. Mediante Resolución N° 14 de 20 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral declaró cerrada la instrucción del proceso y dispuso el plazo de treinta (30) días hábiles para emitir el laudo.
156. Mediante Resolución N° 15 de 3 de enero de 2018, este Colegiado emitió laudo.
157. Anulado que fue el laudo, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 21 de 16 de mayo de 2019 reasumió funciones y citó a las partes a Audiencia, confirmado mediante Resolución N° 22 de 30 de mayo de 2019.
158. El 14 de junio de 2019, se llevó adelante la Audiencia Especial con la presencia de las partes. Luego de escuchadas las partes, el Tribunal Arbitral dispuso traer los autos para laudar, fijando el plazo en treinta (30) días hábiles.
159. Por tanto, este Colegiado procede a laudar dentro del plazo acordado con las partes.
160. El 21 de junio de 2019, el MTC adjuntó copia de los laudos que se incorporaron a los antecedentes.

CONSIDERANDO:

XIII. CUESTIONES PREVIAS

161. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:
 - Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral contenido en el CONTRATO.
 - En ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
 - Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar sus pruebas.
 - Las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e informar oralmente.
 - El Tribunal Arbitral procede a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

XIV. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

162. El MTC sustenta la excepción de incompetencia en dos argumentos: i) las partes acordaron en el CONTRATO que la decisión final de OSITRAN respecto de las penalidades es definitiva y no está sujeta a reclamación alguna; y, ii) la materia en controversia no es arbitrable. Por su parte, OSITRAN sostiene que i) la vía para impugnar las penalidades es el proceso contencioso administrativo; ii) la materia en controversia no es arbitrable.

163. En este contexto, en primer lugar, a este Colegiado le corresponde determinar si las partes renunciaron a la jurisdicción (sea esta judicial o arbitral); es decir, si la decisión final de OSITRAN respecto de las penalidades es definitiva y no está sujeta a reclamación alguna.

164. Al respecto, la cláusula 17.14 del CONTRATO establece lo siguiente:

“17.14. El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de la penalidad, por escrito y con el respectivo sustento, ante el Regulador, en un plazo máximo de diez (10) Días, contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación.

El Regulador contará con un plazo máximo de quince (15) Días para emitir su pronunciamiento debidamente fundamentado. En caso que, vencido el plazo antes indicado, el Regulador no emita pronunciamiento alguno, se entenderá por denegada la impugnación presentada. La decisión del Regulador tendrá el carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO”.

165. Este Colegiado considera que si bien es cierto que la cláusula en mención señala que “la decisión del regulador es definitiva y no estará sujeta a reclamación alguna”, no es posible concluir, bajo una interpretación constitucional, que las partes hayan renunciado expresa y anticipadamente a la jurisdicción (sea ésta judicial o arbitral).

166. En efecto, el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, a letra establece lo siguiente:

“139º, inc. 3.- La observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

167. El referido artículo garantiza el derecho de acceso a la justicia por parte de cualquier persona. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, de la siguiente manera:

“Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia. Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”⁹. (El énfasis es nuestro)

168. Conforme al marco constitucional, queda claro que METRO tiene la posibilidad de acceder a una determinada jurisdicción para cuestionar la decisión final de OSITRAN respecto a la interposición de las penalidades, puesto que, de lo contrario, se le estaría negando el acceso a la justicia a METRO.
169. En efecto, OSITRAN ha reconocido expresamente que no existe una renuncia a la jurisdicción, sino que la instancia correspondiente para cuestionar su decisión respecto de las penalidades impuestas es el proceso contencioso administrativo, puesto que lo que se impugna es un acto administrativo.
170. Este Colegiado difiere de la posición planteada por OSITRAN, pues el mecanismo de solución de controversias previsto expresamente en la Sección XVI del CONTRATO es el arbitraje. Ello obedece además a un mandato legal establecido en el artículo 9 de la Ley Marco de las Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y se dictaron las normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, Decreto Legislativo 1012¹⁰, que establece lo siguiente:

⁹ Sentencia recalda en el Expediente N° 763-2005-PA/TC.

¹⁰ El referido Decreto Legislativo estaba vigente al momento de la celebración del CONTRATO y se encuentra expresamente señalado como parte de su base legal.

"9.6 Los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias y deberán contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de los contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual". (El subrayado es nuestro)

171. Si bien este Tribunal Arbitral identifica que en el laudo del caso APM Terminals S.A. vs. MTC (Caso Arbitral N° 2979-2014-CCL), el tribunal arbitral en ese caso concluyó, en mayoría, que las partes habían acordado apartarse de los mecanismos de solución de controversias del CONTRATO¹¹, se permite discrepar abiertamente con el mismo, puesto que el mecanismo para resolver la controversia entre las partes es la vía arbitral, para lo cual basta apelar a lo dispuesto en el propio CONTRATO y en el Decreto Legislativo 1012.
172. En ese sentido, la única interpretación válida y coherente de la cláusula 17.14 del CONTRATO, en el extremo que señala que la decisión de OSITRAN "tiene carácter de definitiva y no está sujeta a reclamación alguna", es que no se podrá impugnar nuevamente ante OSITRAN la decisión final sobre las penalidades, pues una interpretación contraria sería inconstitucional.
173. Adicionalmente, de la cláusula 17.14 en mención no es posible afirmar que las partes hayan decidido excluir la vía arbitral para resolver controversias relativas a la aplicación de penalidades por parte de OSITRAN. Más aún cuando las penalidades han sido impuestas en virtud del propio CONTRATO; por lo que las controversias en relación a las mismas se deben resolver bajo los mecanismos de resolución de conflictos pactado en el CONTRATO.
174. Por su parte, la cláusula 16.2 del CONTRATO, que regula el convenio arbitral, establece lo siguiente:

16.2 La presente Sección regula la solución de controversias que se generen entre las Partes durante la Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y la

¹¹ El mencionado laudo señala lo siguiente:

"Es más, del propio texto de dicho acuerdo, las partes han acordado que la decisión revisada por OSITRAN no estará sujeta a reclamación alguna, lo que implica en puridad que la decisión revisada, según el procedimiento específico antes mencionado, no podrá ser sujeta a controversia, al menos, a través de los mecanismos de gestión de controversias establecidos en el propio Contrato.

Siendo ello así el Tribunal Arbitral, en mayoría, llega a la conclusión que las partes, de manera voluntaria, han establecido un tipo de procedimiento distinto al procedimiento de solución de controversias pactado en la Sección XVI, para resolver cualquier diferencia relativa a la aplicación de penalidades de naturaleza contractual y por tanto, no es posible incorporar dentro del convenio arbitral, las controversias que surjan a raíz de la aplicación de penalidades contractuales."

Caducidad de la Concesión, con excepción de aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el Regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917. (El énfasis es nuestro)

175. La cláusula materia de análisis no ha limitado ni excluido del alcance del convenio arbitral a la aplicación de penalidades contractuales, sino solamente los actos administrativos emitidos por OSITRAN en ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 26917. Precisamente, para afirmar que las partes han decidido excluir las penalidades contractuales del convenio arbitral tendrían que haberlo hecho en el mismo convenio, pues según el artículo 41 de la LEY DE ARBITRAJE, “*el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo*”.
176. En este caso, las partes no solo no excluyeron las penalidades contractuales en alguna cláusula del CONTRATO, sino que, además, y ello es lo más relevante para resolver la excepción, no lo establecieron de manera expresa en el convenio arbitral, el cual únicamente excluyó los actos administrativos dictados por OSITRAN en ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 26917.
177. Por lo tanto, este Colegiado considera que la vía arbitral es la vía idónea para resolver las controversias relacionadas con la imposición de penalidades.
178. Sin perjuicio de ello, corresponde analizar si las penalidades impuestas por OSITRAN son actos administrativos emitidos por dicha entidad en ejercicio de sus funciones dispuestas por la Ley N° 26917 y, en consecuencia, si la materia en controversia es arbitrable. Esto es, si se puede arbitrar las penalidades impuestas por OSITRAN. Al respecto, tanto el MTC como OSITRAN sostienen que las penalidades aplicadas no son materia arbitrable.
179. Este Colegiado considera que las penalidades pactadas en el CONTRATO, que han sido impuestas por OSITRAN, tienen una naturaleza estrictamente contractual, pues lo que ha dado mérito a su imposición es que han sido pactadas expresamente por las partes. El propio MTC lo reconoce de manera expresa en el punto 3.6 de su demanda, cuando afirma que “*el acto administrativo [...] se emite necesariamente para dar cumplimiento al mecanismo de penalidades pactado por las partes del CONTRATO, siendo aquel instrumento contractual el que da contenido*”.
180. En efecto, más allá de si las penalidades se imponen por un acto administrativo (que es la manera como el Estado y sus reparticiones se expresan), lo relevante es que si el CONTRATO no existiera, OSITRAN no podría imponer las penalidades en cuestión. Ello demuestra que su imposición no surge como consecuencia de

una facultad “en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917”, sino en mérito a la exclusiva voluntad de los contratantes expresada en el CONTRATO.

181. En ese sentido, este Colegiado considera que, en lo que es objeto de este arbitraje, OSITRAN actuó en el marco del CONTRATO, pues así ha sido expresamente pactado por las partes. El hecho que OSITRAN se encuentre legalmente autorizado a aplicar penalidades, no implica que, en este caso, OSITRAN esté actuando en ejercicio de sus facultades legales, sino en cumplimiento de un encargo encomendado en el CONTRATO.

182. Por su parte, en el CONTRATO se reconoce que las penalidades tienen una naturaleza contractual y que obedecen a un incumplimiento del mismo, como se desprende de las cláusulas 17.12 y 17.13, que señalan que:

“17.12. El Regulador, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato. El CONCESIONARIO no estará exento de responsabilidad aun en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con el Constructor, Proveedor de Material Rodante, Operador o Asesor Técnico en Operación, de ser el caso, otros contratistas o sub contratistas o terceras personas.

17.13. En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10”.

183. Inclusive OSITRAN ha reconocido en diversas ocasiones que las penalidades o cláusulas penales de los contratos de concesión tienen naturaleza civil. Así consta de los Informes N° 2393-2014- GSF-OSITRAN, N° 0583-2015- GSF-OSITRAN y N° 040-13-GAL-OSITRAN.

184. Esa misma posición se desprende del pronunciamiento de la Sala Segunda Sala Sub Especialidad Comercial de Lima, al resolver el expediente No 020-2014- 0-1817-SP-CO- 02, cuando señala que:

“Cuarto: Conforme se ha apreciado de las cláusulas contractuales aplicables al caso concreto por la propia denominación de la naturaleza de las penalidades que fueron impuestas a la parte demandada,, y concesionaria del contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, (...) estas son de naturaleza contractual, por tanto si bien es cierto fueron fijadas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), esta atribución es consecuencia de lo pactado por las partes, que no mengua la esencia contractual y el carácter patrimonial de la controversia [...]”

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

185. En ese sentido, dado que la presente controversia versa sobre la imposición de penalidades contractuales, que tienen una naturaleza contractual, estas no han sido excluidas del alcance del convenio arbitral y; por lo tanto, nos encontramos frente a una materia de libre disposición de las partes, que puede ser resuelta mediante arbitraje.
186. Finalmente, este Tribunal Arbitral considera pertinente pronunciarse con respecto a lo alegado por OSITRAN, acerca que el demandado por la imposición de la penalidad debería ser dicha Entidad y no el MTC, puesto que OSITRAN ha sido quien efectivamente la ha impuesto.
187. Al respecto, este Colegiado identifica a partir del CONTRATO que las penalidades o cláusulas penales tienen una naturaleza contractual y que se aplican para remediar un incumplimiento contractual. No nos encontramos frente a un caso en el que OSITRAN está sancionando a un administrado, sino que está actuando para aplicar una penalidad pactada en el CONTRATO, suscrito exclusivamente por el MTC y METRO.
188. Por ello, lo que corresponde es que el Concesionario, en este caso concreto METRO, demande a su contraparte en el CONTRATO (en este caso el MTC), pues las controversias contractuales solamente pueden resolverse entre las partes del CONTRATO que da origen a la controversia.
189. Por todo lo expuesto, debe declararse infundada la excepción de incompetencia presentada por el MTC y apoyada por OSITRAN en su calidad de tercero coadyuvante.

XV. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA DEMANDA

Primera Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 4 al 31 de agosto de 2015 y desde el 1 al 30 de setiembre de 2015.*

Segunda Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento*

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de noviembre de 2015.

Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de octubre de 2015.

Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 1 al 26 de diciembre de 2015.

Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, mediante los cuales la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 27 al 31 de diciembre de 2015, todo el mes de enero de 2016 y febrero 2016 (en relación al Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN) y por todo el mes de mayo de 2016 (Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN).

Al respecto, el Tribunal Arbitral considera pertinente señalar que dividirá el presente análisis en las siguientes partes: (i) La naturaleza dinámica de los Microdesvíos y la errónea fiscalización; y, (ii) La intimación en mora.

Sobre la naturaleza dinámica de los Microdesvíos y la errónea fiscalización

190. A lo largo de todo el arbitraje, METRO ha señalado que el Microdesvíos correspondiente al PV-23, que forma parte del Plan de Desvíos, tiene una naturaleza absolutamente dinámica, pues debe adaptarse a los requerimientos de

la obra. Asimismo, METRO sostiene que tanto el Supervisor como OSITRAN estaban al tanto de la referida naturaleza dinámica del Plan de Microdesvíos.

191. A fin de sustentar su posición, METRO alega la existencia de un "Procedimiento de Comunicación de Actualización de los Planos de Microdesvíos" coordinado con el Supervisor. Del mismo modo, METRO afirma que en el Acta N° CJV.ARP-00007-15. de la reunión en la que participaron AATE y el Supervisor, se deja constancia que se actualizarán los planos de Microdesvíos y se estableció un procedimiento para comunicar cada actualización de planos¹².

192. Por su parte, OSITRAN afirma que para modificar los Planos de Microdesvíos era necesario modificar el EDI del PV-23. Mientras que en su contestación de demanda, el MTC afirmaba lo siguiente:

"Para la modificación del Plan de Desvíos (el Microdesvío es uno de sus componentes), el Concesionario debe solicitar formalmente la modificación de la Resolución de Subgerencia N° 1423-2015-MML-GTU-SIT [...]"

En tal sentido, es la Municipalidad Metropolitana de Lima, en su calidad de autoridad competente, quien debe evaluar y emitir pronunciamiento con relación a las modificaciones del Plan de Desvíos"

193. Posteriormente, durante la Audiencia de Informes Orales y en su escrito N° 11, OSITRAN aceptó que la autoridad competente para "autorizar la interferencia en las vías y aprobación de los planos con la señalética es la GTU. Por lo tanto, el Concesionario debe solicitar su autorización a dicho órgano y OSITRAN supervisa en virtud de esos planos autorizados conjuntamente con los planos aprobados por el MTC (que son los mismos planos con los de la GTU)".

194. En efecto, este Colegiado considera –y las partes así lo han aceptado- que la MML es la autoridad competente para autorizar y modificar los Planes de Desvíos.

195. Ahora bien, resulta pertinente analizar si la autorización otorgada a METRO, mediante las Resoluciones de Subgerencia N° 1423-2015-MML/GTU-SIT y N° 4045-2015-MML/GTU-SIT, establece que los Planes de Microdesvíos tienen naturaleza dinámica y pueden ser modificados de acuerdo con los requerimientos de la obra.

¹² El acta expresamente establece lo siguiente:

"Se establece que cada actualización de planos de microdesvíos será comunicada vía informativa a las siguientes personas de AATE: Ing. Elena Chang, Ing. Oscar Bravo Yabar e Ing. Leoncio Giaccarini de CESEL, en formato PDF con resumen de cambios (con copia a Julia Cabal G. Calidad) En paralelo, cada actualización de planos será enviada en formato Zip a la Oficina Técnica (Úrsula Quintana) y Gerencia de Calidad (Julia Cabal) para que se proceda al envío de esta información al Concedente por la vía oficial a través de EPCSPV".

196. Las Resoluciones de Subgerencia N° 1423-2015-MML/GTU-SIT y N° 4045-2015-MML/GTU-SIT, señalan en su artículo décimo tercero y décimo cuarto, respectivamente, lo siguiente:

*“La interferencia de vía que se autoriza deberá realizarse respetando estrictamente las normas de seguridad y señalización vertical preventiva e informativa para obra, dicha señalización vertical deberá contemplar los colores, tamaños de las letras y el tipo de material a utilizar de acuerdo al Manual de Dispositivos de Control de Tránsito para Calles y Carreteras aprobado mediante Resolución Ministerial N° 210-2000-MTC y Resolución de Gerencia N° 165-2011-MML/GTU. Las señales verticales de obra serán de material reflectivo y deberán instalarse desde 800 mts. antes del inicio de la interferencia (Primera señal) y a lo largo de la misma cada 50 y 75 mts., una detrás de otra en forma de zigzag, **debiendo ubicar las señales de acuerdo a lo indicado en el Plano de Señalización General de Desvío (ML2-CML-01A-D-04-GRAL-DIS-PL-0210-A) presentado en el D/S N° 34428-15.***

Asimismo, deberán de cercar o dividir la zona de trabajo utilizando conos, mallas, cintas de seguridad y/o reflectivas, parantes perimétricos, cilindros, lámparas de destello”.¹³

197. Este Colegiado considera que de las referidas Resoluciones de Subgerencia no consta que el Plan de Desvíos tenga un carácter dinámico y pueda ser modificado por METRO de acuerdo con los requerimientos de la obra. Las Resoluciones indican que deben implementarse las señales de acuerdo con lo indicado en el Plano de Señalización General de Desvío.

198. Inclusive en una de las Resoluciones de sanción que presentó OSITRAN, específicamente en la Resolución de Gerencia N° 406-2016/MML-GTU, consta expresamente que la MML señala que: *“se indica respecto a los Microdesvíos, término no utilizado en una Resolución de Autorización, que aquellos implican los accesos peatonales por la zona de obra, obligación que conlleva una habilitación de interferencia de vías, toda vez que tiene por finalidad garantizar el derecho al tránsito de los ciudadanos”.*

199. La propia autoridad competente, es decir, la MML, no ha utilizado en sus autorizaciones el término Microdesvíos, ni ha señalado que el mismo tenga una naturaleza dinámica que puede ser modificado por METRO de manera unilateral de acuerdo con los requerimientos de la obra.

200. En ese sentido, el procedimiento de actualización al que hizo referencia METRO debe entenderse como un procedimiento para comunicar al MTC, OSITRAN y al Supervisor las modificaciones que, de tanto en tanto, hubiera aprobado expresamente la Gerencia de Transporte Urbano de la MML.

¹³ Resaltado y subrayado por el Tribunal Arbitral.

201. Así, la comunicación del 19 de octubre de 2015, mediante la que METRO informó al MTC, OSITRAN, AATE y al Supervisor la actualización del Plano de Señalización del PV-23 que forma parte del Plan de Desvíos, no tiene mayor validez, pues METRO no se encontraba habilitado por la MML para modificar los Planos de manera unilateral.
202. Al respecto, METRO sostiene que ha sido fiscalizado sobre la base del Plan de Desvíos aprobado en el EDI. Por su parte, OSITRAN alega que los planos presentados por METRO para obtener la aprobación de la GTU para el Plan de Desvíos y del MTC para el EDI son iguales solo que con nombres distintos, como se advierte de los Anexos N° 5 y 6 del escrito N° 11 de OSITRAN.
203. En efecto, a partir de la prueba aportada en este arbitraje, se comprueba que el Supervisor ha fiscalizado el cumplimiento de las obligaciones de METRO sobre la base de los Planos de Señalización aprobados por la MML en las mencionadas Resoluciones de Subgerencia N° 1423-2015-MML/GTU-SIT y N° 4045-2015-MML/GTU-SIT y el Plano aprobado por el MTC en el EDI del PV-23 (que son exactamente iguales), con lo que se verifica que OSITRAN ha cumplido con supervisar a METRO de manera correcta.
204. Finalmente, este Colegiado considera pertinente pronunciarse sobre las sanciones impuestas por la MML a METRO – mencionadas por OSITRAN – por incumplimiento del Plan de Desvíos aprobado por la GTU.
205. Es preciso señalar que las sanciones impuestas son por incumplimiento del Plan de Desvíos, pero ninguna está expresamente referida al PV23. Por lo señalado, el argumento de las sanciones a METRO por parte de GTU debe ser desestimado.

Sobre la intimación en mora

206. METRO ha señalado que OSITRAN debió intimarlo en mora para poder aplicar las penalidades contractuales que finalmente le impuso. Por lo tanto, al no haberlo intimado en mora sobre la base del artículo 1333 del Código Civil, sostiene que las penalidades materia de la presente controversia no han sido aplicadas válidamente.
207. Por su parte, el MTC y OSITRAN señalan que no era necesario intimar en mora a METRO para imponerle las penalidades contractuales, pues el solo incumplimiento daba lugar a penalizarlo.
208. Al respecto, este Colegiado considera pertinente acudir a la cláusula 17.13 del CONTRATO, que estipula lo siguiente:

"En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10".

209. Conforme a lo dispuesto en esta estipulación contractual, este Colegiado difiere de la posición de METRO debido a que de la mencionada cláusula no es posible afirmar que OSITRAN primero debe imputar el incumplimiento (intimar en mora) y, luego aplicar la penalidad establecida en el CONTRATO. Por el contrario, la cláusula establece que podrá comunicar el incumplimiento y aplicar las penalidades contenidas en el Anexo 10 del CONTRATO.

210. Sin perjuicio de ello, es pertinente acudir a la regulación de las cláusulas penales contenida en el Código Civil – que se aplica de manera supletoria –.

211. METRO argumenta, en virtud del artículo 1343º del Código Civil, que la pena solo es exigible cuando el incumplimiento es imputable al deudor. Sin embargo, este Tribunal Arbitral considera que el referido artículo hace referencia a que el daño debe ser causado por el deudor (en este caso, METRO) y que debe mediar culpa o dolo en la inejecución de obligaciones, y no si se debe intimar en mora al deudor como condición previa para aplicar una penalidad.

212. Inclusive, el artículo 1342 del Código Civil establece que:

"Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación".

213. El artículo bajo comentario establece que la penalidad puede ser estipulada para el caso de mora; sin embargo, no establece que sea el único supuesto por el que se puede pactar una cláusula penal. En efecto, al comentar dicho artículo, Castillo Freyre y Osterling sostienen que:

"Si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor incumpliente el derecho a la contraprestación, si la hubiere).

Por otra parte, la función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago"¹⁴.

214. De lo señalado, queda claro que no es un requisito indispensable intimar en mora al deudor para luego aplicar la penalidad – que en el presente caso, no tiene

¹⁴ OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. "Obligaciones con cláusula penal". Lima. 2013, p. 3. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf>.

función moratoria – sino que el acreedor podrá comunicar el incumplimiento y en el mismo acto aplicar la penalidad, de acuerdo con lo regulado en la cláusula 17.13 del CONTRATO.

215. A pesar de lo señalado, este Colegiado considera que los plazos en los que ha incurrido OSITRAN para notificar la aplicación de las penalidades es excesivo, pues en algunos casos supera los 100 días. En efecto, que OSITRAN no deba intimar en mora no significa que tenga libertad absoluta para comunicar el incumplimiento en el momento que considere para esa parte. Ello debido a que el principal objetivo que se desprende de la penalidad objeto de la controversia es asegurar el Mantenimiento del Tránsito. Este Tribunal Arbitral volverá a este tema al analizar las pretensiones subordinadas de la demanda.

Sobre el control policial y el hurto de las señales verticales

216. METRO señala que el hurto de las señalizaciones verticales y la falta de control policial son supuestos que lo exoneran de responsabilidad, puesto que en ambos casos existió un hecho determinante de un tercero que fractura el nexo causal.
217. Este Colegiado difiere de la posición de METRO, debido a que el incumplimiento que le ha imputado OSITRAN corresponde a una obligación que abarca más prestaciones que la sola instalación de las señales verticales y horizontales, y la implementación del control policial. Así, METRO ha reconocido expresamente en su demanda lo siguiente:

*“la penalidad abarca dos conceptos: i) Mantenimiento del Tránsito y; ii) Desvío de Tráfico.
[...]*

*El Mantenimiento del Tránsito está referido a tres elementos: a) implementación de señalización horizontal; b) implementación de señales verticales y; c) control policial: presencia policial en las intersecciones críticas de las rutas que forman parte del Plan de Desvíos.
[...]*

Ahora bien, el segundo concepto que abarca la penalidad es el Desvío de Tráfico que está referido a la configuración de itinerarios lo más próximo y paralelo a aquel que el vehículo realizaría si no se estuviesen ejecutando las obras, ello a fin de evitar que en las zonas de obra circule el Transporte Público, Transporte Privado, Transporte pesado y de carga”.

218. Sin perjuicio de ello, este Tribunal Arbitral considera pertinente pronunciarse sobre el hurto de las señales verticales y horizontales y la falta de control policial al analizar las Pretensiones Subordinadas de la demanda.
219. En virtud a lo mencionado, se deben desestimar las Pretensiones Principales de la demanda.

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

XVI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES SUBORDINADAS DE LA DEMANDA

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

220. METRO solicita la reducción de las penalidades contractuales impuestas por OSITRAN, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1346° del Código Civil:

“El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

221. Según Mazzaresse, al comentar el artículo equivalente del Código Civil Italiano, esta reducción “ciertamente no queda al arbitrio del juez (en este caso de los árbitros), sino está circunscrita a una evaluación motivada de elementos “objetivos” que

legitiman tanto la corrección judicial (o arbitral), como el mantenimiento sustancial, de la cláusula penal”¹⁵.

222. El citado autor agrega que “el exceso es sancionado con el encaminar hacia la equidad la prestación pactada por las partes y con una intervención judicial de conservación correctiva del pacto, o, de integración sustitutiva del mismo, que preserva la “justa” utilidad del acuerdo o del intercambio”¹⁶. En el caso que la obligación se haya cumplido en parte o de manera irregular, la reducción opera en el sentido de reprimir “penalidades usurarias”. Así, el “principio general de represión de la usura no se refiere sólo, en sentido estricto, a los contratos y a los intereses usureros, sino se refiere, en un aspecto general, a los contratos y a las cláusulas que realicen “usuras reales”, esto es, una prestación excesiva a cargo del deudor (no importa si ésta se realice mediante un efecto real, o mediante un efecto obligatorio, en un contrato unilateral o un contrato sinalagmático”¹⁷.

223. De acuerdo con el citado artículo 1346° del Código Civil, los supuestos de reducción de la cláusula penal son:

- a. Cuando la penalidad sea manifiestamente excesiva.
- b. Cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

224. El artículo 1346° del Código Civil peruano debe ser interpretado en atención a “dos fundamentales coordinadas del diagrama decisorio: la integración equitativa de la eficacia de la cláusula y la conservación sancionadora de la función penal”¹⁸. En doctrina se sostiene que el Código Civil 1384° del Código Civil italiano, al igual que nuestra disposición nacional, le reconoce al juez “una discrecionalidad decisoria particularmente restringida”¹⁹. En este sentido, “la discrecionalidad reglamentaria del juez sustancia un poder que es característicamente “ritual”. Este debe ser ejercitado en el respeto de las normas procesales vigentes, sobre las que se basa el pronunciamiento formal”²⁰. La primera de ellas, una debida motivación.

¹⁵ MAZZARESE, Silvio. Clausola penale Artt. 1382-1384, Il Codice Civile. Commentario, dirigido por Piero SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1999, p. 610.

¹⁶ Silvio MAZZARESE, op. cit., pp. 72-73.

¹⁷ Silvio MAZZARESE, op. cit., p. 74.

¹⁸ Silvio MAZZARESE, op. cit., p. 641.

¹⁹ Giovanni CRISCUOLI, La discrezionalità regolamentare del giudice civile, CEDAM, Padova, 2000, p. 15.

²⁰ Giovanni CRISCUOLI, op. cit., p. 30.

Elo, en la medida que la decisión judicial o arbitral modifica el reglamento de la relación jurídica²¹.

225. Este Colegiado tiene en claro que la posibilidad del juzgador (llámese juez o Tribunal Arbitral) de hacer uso de la citada facultad, resulta excepcional por varias razones, tales como, el principio de obligatoriedad del contrato (los contratos son ley entre las partes) o por que son las partes quienes están en la mejor posibilidad de considerar las consecuencias del incumplimiento.

226. Por tanto, la citada facultad debe ser ejercida solo en aquellos casos en los que el juzgador advierta a su criterio (no a su arbitrio absoluto²²), que existen situaciones que merecen atenuar la consecuencia patrimonial de la responsabilidad.²³

227. En ese sentido, este Colegiado tiene la posibilidad de reducir la penalidad si existen elementos de juicio suficientes que demuestren que la penalidad es manifiestamente excesiva con relación al daño causado o si se hubiera cumplido parcialmente con la prestación.

228. Ahora bien, METRO solicita la reducción de las penalidades en virtud a que *“no se ha imputado un incumplimiento total ni sustancial de las obligaciones de Mantenimiento de Tránsito. El Mantenimiento de Tránsito se dio y se viene dando de manera efectiva, por ello los supuestos incumplimientos imputados se refieren únicamente a hechos muy puntuales que de ninguna forma han afectado el cumplimiento del objetivo principal de la prestación, que es mantener el tránsito de manera segura durante el ejercicio de las obras de construcción”*.

229. Por su parte, el MTC sostiene que en todos los casos METRO ha incumplido todos los componentes que conforman en Plan de Desvío; por lo que no correspondería que el Tribunal Arbitral reduzca las penalidades. Para sustentar su posición, presentó el siguiente cuadro:

²¹ Giovanni CRISCUOLI, op. cit., p. 58.

²² Aun cuando existen pronunciamientos judiciales que resultan contradictorios, pues mientras algunos señalan que esta es una facultad absolutamente subjetiva del juzgador (Sentencia del 31.07.2001 dictada en el Exp. N° 6652-2000 por la Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima), también las hay de aquellas que consideran que el ejercicio de esta facultad impone la exigencia de fundamentar de alguna manera porque se realiza la reducción de la penalidad (Sentencia del 07.12.1999 dictada en el Exp. 3293-99 por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima).

²³ No escapa a este Tribunal Arbitral toda la discusión que existe entre quienes defienden la atribución del juez regulada en el artículo 1346° del Código Civil y los detractores de la misma por considerar que ella atenta contra la seguridad jurídica, la santidad de los contratos, la previsión de los daños y/o la penalización de conductas indeseadas.

Oficio de GDF que penaliza	Pretensión de la Demanda	Componente del Plan de Desvío			
		Control Policial	Señales Horizontales	Señales Verticales	Desvío de Tráfico
Oficio N° 0014-2016-GDF-OSITRAN	Primera	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.
Oficio N° 0020-2016-GDF-OSITRAN	Segunda	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.
Oficio N° 0027-2016-GDF-OSITRAN	Tercera	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.
Oficio N° 0140-2016-GDF-OSITRAN	Cuarta	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.
Oficios GSF-OSITRAN de 2016 números 0291, 0295, 0296, 0311	Quinta	No se le penalizó por este componente	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.

230. La obligación por la que METRO ha sido penalizado es la de Mantenimiento del Tránsito y Desvío de Tráfico.

231. Este Colegiado advierte que tanto el MTC, OSITRAN y METRO reconocen que “el concepto Mantenimiento de Tránsito incluye tres elementos: i) implementación de señalización horizontal; ii) implementación de señales verticales; y, iii) control policial. Por su parte, el desvío de tránsito está compuesto por las rutas que evitan las zonas de obra para el Transporte Público, Transporte Privado, Transporte Pesado y de Carga”. En ese sentido, corresponde revisar los argumentos de METRO que desvirtuarían la responsabilidad por el incumplimiento total imputado por el MTC y OSITRAN.

Sobre el hurto de señalizaciones y el control policial

232. Al respecto, METRO señala que ha denunciado el hurto de la señalización vertical y horizontal²⁴ en la zona materia de la controversia; por ello, se encontraría en un supuesto de hecho determinante de un tercero que fracturaría el nexo causal.
233. Sobre el particular, el MTC sostiene que *"si bien el Concesionario alega en su demanda arbitral que dichos incumplimientos se deben a robos en la zona, ello resulta una mera afirmación que no ha sido acreditada por el Concesionario"*. Asimismo, señala que las denuncias formuladas por METRO no corresponden a la zona materia de la presente controversia.
234. Al respecto, este Colegiado ha podido corroborar en las denuncias presentadas por METRO en su demanda arbitral, que se deja expresa constancia del hurto de diversas señales en el PV-23; lo que descarta la afirmación planteada por el MTC.
235. Adicionalmente, observa que se han producido más de 10 denuncias por hurto de las señales verticales y horizontales en el periodo entre setiembre de 2015 y mayo de 2016. A raíz de ello, se deduce que la zona de ejecución de obras es altamente delictiva y que METRO se ha visto afectado en reiteradas ocasiones; motivo por el cual se ha visto impedido en diversas oportunidades de mantener las señales verticales y horizontales de acuerdo con el Plan de Señalización.
236. Como consecuencia del hurto de las señales verticales y horizontales, METRO pasaba varios días sin contar con las mencionadas señales en la zona indicada en el Plano de Señalización del PV-23; hecho que no ha sido considerado por el Supervisor al momento de fiscalizar la implementación de las señales verticales y horizontales.
237. Al respecto, resulta pertinente acudir al artículo 1343º del Código Civil, que establece lo siguiente:
- "Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario"*.
238. En este caso concreto, el hurto de la señalización vertical y horizontal genera que el incumplimiento no obedezca a una causa imputable a METRO, sino un hecho determinante de un tercero; por lo que la penalidad no podría ser exigida de acuerdo con el mencionado artículo del Código Civil.

²⁴ Las denuncias realizadas por METRO son de las siguientes fechas: 05/05/2016, 03/06/2016, 22/06/2016, 05/02/2016, 07/04/2016, 31/03/2016, 08/03/2016, 22/02/2016, 27/02/2016, 22/01/2016, 03/02/2016, 08/02/2016, 29/09/2015.

239. Si bien es cierto nos encontramos frente a un eximente de responsabilidad, este Colegiado advierte que la implementación de las señales verticales y horizontales es uno de los componentes del Plan de Desvío y que las denuncias presentadas por METRO no abarcan la totalidad del periodo, por lo que estos hechos alegados por METRO no dan lugar a dejar sin efecto las penalidades. Sin embargo, sí merecen ser consideradas a efecto de reducir las penalidades impuestas por OSITRAN en virtud al hurto de las señales verticales y horizontales.
240. Por otro lado, como se ha mencionado anteriormente, el MTC y OSITRAN han señalado que METRO ha incumplido con implementar el control policial en la zona de la obra.
241. Al respecto, METRO sostiene que actuó en el ámbito de sus posibilidades para contar con el control policial correspondiente que le había requerido la MML a través de la Gerencia de Transporte Urbano, en el marco del Plan de Desvíos. Agrega que la falta de presencia policial es un hecho determinante de tercero que lo debería eximir de responsabilidad.
242. En efecto, este Tribunal Arbitral aprecia que METRO fue diligente al celebrar un Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional con la Policía Nacional del Perú el 26 de junio de 2015, pues en virtud al mencionado Convenio, la Policía debía brindar el control policial en los puntos indicados por la GTU de la MML.
243. Sobre este particular, es aplicable el artículo 1314º del Código Civil, que estipula lo siguiente:

“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

244. Asimismo, resulta pertinente apelar a la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 069-2013-EF:

[...]

La Policía Nacional del Perú determinará los requerimientos complementarios de personal policial, priorizando la asignación a los servicios a los que se refiere la Décimo Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 013-2013-EF y la Tercera Disposición Complementaria Final de la presente norma, en ese orden. Una vez cubiertos tales servicios, se podrá asignar el personal para prestar servicios en el marco de un convenio interinstitucional al que hace referencia la presente disposición”.

245. Este Colegiado considera que el control policial es un hecho que traspasa la esfera de control de hecho y de derecho de METRO, pues está asegurando el cumplimiento de la obligación por parte de un tercero, que por lo demás pertenece

al Estado al cual también pertenece el MTC. Por lo tanto, METRO no puede ser imputado por el incumplimiento del control policial, pues es un hecho que dependía de un tercero, la Policía Nacional del Perú. Por lo tanto, tampoco no puede ser imputado en virtud al mencionado artículo 1343º del Código Civil.

246. En este aspecto concreto, nos encontramos frente a un eximente de responsabilidad; sin embargo, este Colegiado advierte que al ser el control policial solamente uno de los componentes del Plan de Desvío, no da lugar a dejar sin efecto las penalidades. Sin perjuicio de ello, se constituye otro elemento objetivo que conlleva razonablemente a reducir las penalidades impuestas por OSITRAN.

Sobre los plazos de notificación y la agrupación de las penalidades

247. METRO sostiene que OSITRAN ha incurrido en plazos excesivos para comunicar el incumplimiento y proceder a penalizarlo, como se demuestra en el siguiente cuadro:

Penalidad (oficio)	Inicio del Periodo	Término del Periodo	Fecha de notificación	Demora en la imputación
Oficio N° 0014-2016-GDF-OSITRAN	4 de agosto de 2015	31 de setiembre de 2015	12 enero de 2016	162 – 134 días
Oficio N° 0020-2016-GDF-OSITRAN	1 de noviembre de 2015	30 de noviembre de 2015	18 de enero de 2016	79 días
Oficio N° 0027-2016-GDF-OSITRAN	1 de octubre de 2015	31 de octubre de 2015	21 de enero de 2016	113 días
Oficio N° 0140-2016-GDF-OSITRAN	1 de diciembre de 2015	26 de diciembre de 2015	15 de marzo de 2016	105 días
Oficio N° 0291-2016-GDF-OSITRAN	27 de diciembre de 2015	29 de febrero de 2016	24 de junio de 2016	181 -145 días
Oficio N° 0295-2016-GDF-OSITRAN	1 de marzo de 2016	31 de marzo de 2016	27 de junio de 2016	119 días

Oficio N° 0296-2016- GDF- OSITRAN	1 de abril de 2016	30 de abril de 2016	27 de junio de 2016	88 días
Oficio N° 0311-2016- GDF- OSITRAN	1 de mayo de 2016	31 de mayo de 2016	5 de julio de 2016	66 días

248. Del cuadro precedente, este Colegiado destaca dos aspectos. En primer lugar, los plazos en los que ha incurrido OSITRAN para notificar el incumplimiento a METRO, pues en algunos casos superan los 150 días. Además, debemos considerar que OSITRAN ha decidido agrupar las penalidades en bloques mensuales, o inclusive en periodos mayores a los 30 días; por lo que en algunos Oficios ha penalizado a METRO con más de 100 UIT.
249. Esta forma de comunicación y penalización contractual claramente ha impedido que METRO cumpla con subsanar el incumplimiento; hecho que atenta contra la propia finalidad de la penalidad pactada en el CONTRATO, que es desviar el tráfico y mantener el tránsito en la zona.
250. Así, las penalidades impuestas por OSITRAN han adquirido prácticamente un carácter sancionatorio; sin embargo, del propio CONTRATO no se advierte que las penalidades contractuales tienen como función sancionar al deudor (METRO), sino compensar el incumplimiento.
251. Inclusive, en nuestra legislación civil no se encuentra contemplada la función sancionatoria de la cláusula penal, pues los artículos 1341° y 1342° del Código Civil únicamente contemplan las funciones compensatorias y moratorias de las cláusulas penales. Mayor prueba de ello es que el citado artículo 1346° del Código Civil permite la reducción de las penalidades contractuales cuando estas sean manifiestamente excesiva; es decir, cuando adquieren un carácter sancionatorio.
252. Por otro lado, si bien la Directiva para aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN, aprobada mediante la Resolución de Consejo N° 050-2016-CD-OSITRAN, no es aplicable al presente caso porque es posterior a la presente controversia, sirve como referencia para este Colegiado.
253. Así, la referida Directiva establece lo siguiente:

"Luego de concluir las actividades de supervisión, en sus distintas modalidades, programadas en el Plan de Supervisión o efectuadas de cualquier otra forma sobre la base de la información que remita la Empresa Supervisora, el Supervisor In Situ y/o las

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

unidades orgánicas de OSITRAN, el profesional de la Jefatura de Contratos correspondiente de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN informará los hechos que configurarían incumplimiento contractual por parte de las empresas concesionarias, que generen la aplicación de penalidades, a la Jefatura de Contratos correspondiente y a la Jefatura de Fiscalización, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de culminadas las actividades de supervisión correspondientes. Para tales efectos, el profesional de la Jefatura de Contratos correspondiente, antes de emitir su informe, verificará que se haya comunicado a la respectiva empresa concesionaria la existencia de un potencial incumplimiento contractual, requiriéndole su cumplimiento, sin perjuicio de otorgarle la posibilidad de que presente sus descargos en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, prorrogables por similar plazo sujeto a solicitud fundamentada". (El énfasis es nuestro)

254. En este caso, por ejemplo, METRO no se enteró de su incumplimiento sino hasta después de 4 meses (en el primer caso), cuando ya había sido penalizado con más de 250 UIT. Situación similar se presentaron en las demás oportunidades en las que OSITRAN penalizó a METRO. En ese sentido, el actuar de OSITRAN no solo no buscó el cumplimiento real de la obligación contractual, sino que además no siguió un procedimiento razonable a fin de aplicar las penalidades correspondientes.

255. En virtud a lo mencionado, corresponde que este Tribunal Arbitral reduzca también las penalidades sobre la base de este extremo de la demanda de METRO.

256. En este orden de ideas, el Tribunal Arbitral tiene además en cuenta lo señalado en la sentencia Casatoria 761-2003-LIMA de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la cual se expresa: "A efecto de aplicar el artículo 1346º del Código Civil que faculta al juzgado a reducir equitativamente la pena cuando ésta sea manifiestamente excesiva, conclusión a la que se arriba luego del análisis de determinadas circunstancias como son el interés del acreedor, el daño real, el mayor o menor grado de culpabilidad, (...), etc."

257. Bajo estos parámetros, el Tribunal Arbitral concluye que resulta pertinente hacer uso de la facultad excepcional que le está atribuida en el artículo 1346º del Código Civil y reducir la penalidad aplicada.

258. A efecto de dicha reducción (que por cierto está sujeta a la discreción del juzgador, aun cuando no a su arbitrariedad), este Tribunal Arbitral considera que las penalidades aplicadas mediante los Oficios N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, 0020-2016-GDF-OSITRAN, 0027-2016-GDF-OSITRAN, 0140-2016-GDF-OSITRAN, 0291-2016-GDF-OSITRAN, 0295-2016-GDF-OSITRAN, 0296-2016-GDF-OSITRAN y 0311-2016-GDF-OSITRAN, correspondientes al periodo total materia de la presente controversia, deben ser reducidas en un setenta y cinco por ciento (75%), debido que este Colegiado considera se ha probado que:

- (i) METRO ha sufrido en diversas oportunidades el hurto de las señales verticales y horizontales y, aun así, ha sido penalizado por OSITRAN, inclusive por espacios de tiempo que razonablemente hubiera necesitado para reponer dichas señales.
- (ii) A METRO no se le puede imputar la falta de control policial.
- (iii) METRO ha sido fiscalizado por periodos superiores a los 30 días. En ese sentido, el actuar de OSITRAN no buscó el cumplimiento real de la obligación contractual, generó un perjuicio económico a METRO y no siguió un procedimiento razonable a fin de aplicar las penalidades correspondientes.
- (iv) Además, METRO si ha cumplido parcialmente con las prestaciones a su cargo, pues de acuerdo con los propios informes del Supervisor sí existía un gran número de señales verticales y horizontales y sí se había realizado un desvío de tráfico en las zonas de la obra. Además, este Colegiado verifica a partir de la prueba aportada por las partes que la autoridad competente (GTU) no ha sancionado a METRO en ningún momento por el incumplimiento del Plan de Desvíos en el PV23, materia de la presente controversia.

259. Esta reducción del quantum de la penalidad en setenta y cinco (75%) por ciento, se sustenta en lo expuesto en los numerales siguientes:

260. Como este Colegiado ya ha destacado, tanto el MTC, OSITRAN y METRO reconocen que el concepto Mantenimiento de Tránsito incluye tres elementos: i) implementación de señalización horizontal; ii) implementación de señales verticales; y, iii) control policial; mientras que el desvío de tránsito está compuesto por las rutas que evitan las zonas de obra para el Transporte Público, Transporte Privado, Transporte Pesado y de Carga. En total, cuatro conceptos.

261. Pues bien, respecto a las señalizaciones vertical y horizontal, este Colegiado se ha pronunciado²⁵, considerando que si bien la prueba de los hurtos no alcanza a todo el período bajo análisis, "sí merecen ser consideradas a efecto de reducir las penalidades impuestas por OSITRAN en virtud al hurto de las señales verticales y horizontales".

Es decir, si bien METRO no ha probado que el incumplimiento se hubiera debido a hurtos en todo el período bajo análisis, sí ha probado que fue significativo,

²⁵ Ver numeral 239 supra.

*Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano*

arribando este Colegiado a la convicción racional que, respecto de estos dos conceptos, es válido afirmar que parte sustancial de los hechos imputados a METRO no le son realmente imputables por esta razón. A lo que hay que agregar el hecho de cómo OSITRAN notificó y agrupó las penalidades por estos conceptos²⁶, lo que en los hechos impidió a METRO cumplir con subsanar el incumplimiento y evitar así una nueva penalidad por el mismo hecho.

En consecuencia, al tratarse de dos de los cuatro conceptos que fueron objeto de sanción, este Colegiado considera que respecto de ellos se debe considerar que únicamente corresponde el cincuenta por ciento (50%) de lo penalizado por estos conceptos.

262. Por su parte, respecto al control policial y desvío de tránsito, este Colegiado se ha pronunciado²⁷, respecto a que a METRO no se le puede imputar supuestos incumplimientos. En consecuencia, respecto de estos dos conceptos, no corresponde penalidad alguna.

263. El siguiente cuadro muestra la reducción de las penalidades que el Tribunal Arbitral considera adecuada

Componente del Plan de Desvío			
Control Policial	Señales Horizontales	Señales Verticales	Desvío de Tráfico
0% penalización	12.5% reducción (12.5% penalización)	12.5% reducción (12.5% penalización)	0 % penalización

TOTAL PENALIZABLE: 25%

264. En consecuencia, el quantum de las penalidades aplicadas mediante los Oficios N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, 0020-2016-GDF-OSITRAN, 0027-2016-GDF-OSITRAN, 0140-2016-GDF-OSITRAN, 0291-2016-GDF-OSITRAN, 0295-2016-GDF-OSITRAN, 0296-2016-GDF-OSITRAN y 0311-2016-GDF-OSITRAN, correspondientes al periodo total materia de la presente controversia, deben ser reducidas en un setenta y cinco por ciento (75%).

265. En consecuencia, se deben declarar fundadas las Pretensiones Subordinadas de la demanda planteada por METRO.

²⁶ Ver numerales 247 al 250 supra.

²⁷ Ver numerales 245 y 246 supra.

XVII. DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES

266. Ambas partes han solicitado que su contraparte asuma la totalidad de las costas y costos del presente arbitraje. Ahora bien, en el convenio arbitral celebrado entre las partes se señala que los costos y costas del arbitraje deberán ser cubiertos por las partes vencidas.
267. Sobre este particular, el artículo 73° de la LEY DE ARBITRAJE establece que los "costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".
268. Atendiendo al comportamiento procesal de las partes y el criterio de razonabilidad que debe guiar toda decisión, corresponde disponer que las partes asuman, cada una, el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaria arbitral (gastos administrativos del Centro).
269. De acuerdo con la información brindada por la secretaria, los costos que corresponden a los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos arbitrales, son los siguientes:

CASO	ETAPA	DEMANDANTE/DEMANDADO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0072-2016	INSTALACIÓN	DEMANDANTE: METRO DE LIMA LÍNEA 2 S.A. (50%)	Pagó S/. 7,996.42	Pagó S/. 26,226.57
		DEMANDADO: MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (50%)	Pagó S/. 7,996.42	Pagó S/. 26,226.57

Montos totalizados:

CASO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0072-2016	S/. 15,992.84	S/. 52,453.14

270. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

XVIII. PARTE RESOLUTIVA

271. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.
272. Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO.- Declarar **INFUNDADA** la excepción de incompetencia planteada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADAS** las Pretensiones Principales de la demanda planteadas por Metro de Lima Línea 2 S.A.

TERCERO.- Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S.A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuestas mediante Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN al 25% de su valor.

CUARTO.- Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S.A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuestas mediante Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN al 25% de su valor.

QUINTO.- Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S.A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuesta mediante Oficio N° 0027-2016-GSF-OSITRAN al 25% de su valor.

SEXTO.- Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S.A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuesta mediante Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN al 25% de su valor.

Tribunal Arbitral
Fernando Cantuarias (Presidente)
Sergio Tafur Sánchez
Lourdes Flores Nano

SÉPTIMO.- Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S.A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuesta mediante los Oficios N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, 0295-2016-GSF-OSITRAN, 0296-2016-GSF-OSITRAN, 0311-2016-GSF-OSITRAN al 25% de su valor.

OCTAVO.- FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma total de S/. 52,453.14 (Cincuenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y tres con 14/100 Soles) sin incluir el IGV y los servicios de la Secretaría Arbitral (gastos arbitrales) en la suma total de S/. 15,992.84 (Quince mil novecientos noventa y dos con 84/100 Soles) sin incluir el IGV, conforme a las liquidaciones de honorarios dispuestas por el CENTRO.

NOVENO.- DISPONER que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los árbitros y de la Secretaría Arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Presidente del Tribunal Arbitral



SERGIO TAFUR SANCHEZ

Árbitro



LOURDES FLORES NANO

Árbitro



ANNA PAULA TAMAYO RIOS

Secretaría Arbitral